

Zur Statthaftigkeit der Beschwerde gegen greifbar gesetzwidrige Entscheidungen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Hans-Dieter Kauffmann
Rechtsanwalt aus VS-Schwenningen

1970



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Zur Statthaftigkeit der Beschwerde gegen greifbar gesetzwidrige Entscheidungen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Hans-Dieter Kauffmann

Rechtsanwalt aus VS-Schwenningen



Dekan: Prof. Dr. Rudolf Schmitt

Referent: Prof. Dr. Peter Arens

Korreferent: Privatdozent Dr. Peter Dietrich

Tag der mündlichen Prüfung: 12./14. Juni 1978

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	S. I - VI
Abkürzungsverzeichnis	S. VII - IX
Text	
Einleitung	S. 1 - 7
Die Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit	S. 7 - 8
Methodische Überlegungen	S. 9 - 11
Die Statthaftigkeit als Problem der Rechtsfortbildung	S. 11 - 14
Die Lücke als Voraussetzung der Rechtsfortbildung	S. 14 - 15
Bedenken gegen eine unbegrenzte Rechtsfortbildung bei der Beschwerde	S. 16
Ist § 567 eine Ausnahmbestimmung?	S. 17 - 20
Gibt es ein analogiefähiges Beschwerdeprinzip?	S. 20 - 23
Gesetzesimmanente Werte	S. 23 - 25
Rückführung auf allgemeine Rechtsprinzipien	S. 25 - 28
Die Rechtsprechung zu § 707 ZPO	S. 28 - 34
Die Stellungnahme der Literatur zu dieser Rechtsprechung	S. 35 - 39
Eigene Stellungnahme	S. 39 - 42
Gründe, die für die Notwendigkeit einer Anfechtung sprechen	S. 42 - 46
Zusammenfassung und Auswertung	S. 46 - 48
Die Rechtsprechung zu § 157 ZPO	S. 48 - 50
Die Anfechtbarkeit von Verweisungsbeschlüssen gem. § 281 ZPO in der Rechtsprechung	S. 50 - 56
Die Rechtsprechung zu im Gesetz nicht vorgesehenen Verfahren und inkorrekten Entscheidungen	S. 56 - 59

Teleologische Reduktion als Ausgangspunkt der Beschwerdeerweiterung	S. 59
Die Stellungnahme der Literatur	S. 59 - 61
Eigene Stellungnahme	S. 61 - 67
Die Beschwerdeerweiterung bei § 281 ZPO	S. 67 - 68
Die Stellungnahme der Lehre im Einzelnen	S. 68 - 75
Beschlüsse, die außerhalb eines gesetzlichen Verfahrens ergingen	S. 75 - 78
Die inkorrekten Entscheidungen	S. 78 - 80
Zusammenfassung und Auswertung des bisherigen Ergebnisses	S. 80 - 82
Die Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Verfahrensverstößen	S. 83 - 84
Die Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof	S. 84 - 86
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte	S. 86
Beschwerderecht und rechtliches Gehör	S. 86 - 88
Die Stellungnahme der Lehre	S. 88
Die Rechtfertigungsversuche von Osterrieth und Schneider	S. 89 - 93
Eigene Stellungnahme	S. 93 - 100
Zur Beschwerde gegen greifbar gesetzwidrige Beschlüsse im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit	S. 100 - 101
Die Rechtsprechung im Einzelnen	S. 101 - 104
Zur Übertragbarkeit zivilprozessualer Grundsätze auf den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit	S. 104 - 109
Ergebnis der Untersuchung	S. 109 - 111

LITERATURVERZEICHNIS

- Auffahrt-Schönherr Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts
Berlin 1965
- Arens, Peter Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß
Berlin 1971
- Barazetti, C. Die Rechtsmittel der Berufung und Beschwerde nach der deutschen Reichszivilprozeßordnung
Berlin 1882
- Baumbach, Adolf Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Kurzkommentar
Berlin 4. Aufl. 1928
- derselbe, Lauterbach, Wolfgang Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen
München 35. Aufl. 1977
- Daur, Fritz Fälle und Lösungen zum Zwangsvollstreckungskonkurs- und Vergleichsrecht
Karlsruhe 2. Aufl. 1969
- derselbe Freiwillige Gerichtsbarkeit
1. Buch
Tübingen 1955
- Bernhardt Das Zivilprozeßrecht
Berlin 3. Aufl. 1968
- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
- derselbe Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1975
- Blumenwitz, Dieter Einführung in das Anglo-amerikanische Recht
München 1971
- Brüggemann, Dieter Das rechtliche Gehör im Zivilprozeßrecht
JR 1969, 361 ff
- Bruns, Rudolf Zivilprozeßrecht
Berlin und Frankfurt 1968

- Bumiller-Winkler
Freiwillige Gerichtsbarkeit
2. Aufl. München 1977
- Canaris, C. Wilhelm
Die Feststellung von Lücken
im Gesetz
Berlin 1964
- Dietrich, Peter
Rechtskraft und neue Tatsachen, Diss.
Freiburg 1969
- Eyermann, Fröhler
Verwaltungsgerichtsordnung
München 6. Aufl. 1974
- Engisch, Karl
Einführung in das juristische Denken
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz
5. Aufl. 1971
- Enneccerus-Nipperdey
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
15. Bearbeitung
1. Halbband
Tübingen 1959
- Esser, Josef
Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts
Tübingen 1956
- derselbe
Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung
Frankfurt 1972
(Athenäum Fischer)
- derselbe
Richterrecht (Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch)
in Festschrift für Fritz von Hippel
- Fenn, Herbert
Die Anschlußbeschwerde im Zivilprozeß und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Bielefeld 1961
- Förster, A.
Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich unter besonderer Berücksichtigung des Preußischen ALR, 2. Band
Grünberg 1888
fortgeführt in der 3. Aufl.
von Kann
- Forsthoff, Ernst
Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Erster Band: Allgemeiner Teil
Berlin-München 9. Aufl. 1966

- Gaul, H. Friedhelm Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe Bielefeld 1956
- Gaupp Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich Tübingen 9. Aufl. 1909
- Germann, O. Adolf Probleme und Methoden der Rechtsfindung Bern 2. Aufl. 1967
- Gilles, Peter Rechtsmittel im Zivilprozeß Frankfurt 1972
- Grunsky, Wolfgang Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. München 1974
- Goldschmidt, James Zivilprozeßrecht Berlin 1929
- Habscheid, Walther Freiwillige Gerichtsbarkeit München 5. Aufl. 1971
- Hahn, C. Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom Januar 1877 2. Aufl. herausgeg. von E. Stegmann Berlin 1881
- Heck, Philip Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz AcP 112 (1914) S. 1 ff, S. 157 ff
- Hellwig, Conrad System des deutschen Zivilprozeßrechts 1. Teil Leipzig 1912
- Henckel, Wolfram Prozeßrecht und Materielles Recht Göttingen 1970
- derselbe Sanktionen bei Verletzung des rechtlichen Gehörs, ZZP 77, 321 ff
- Jansen, Paul Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Berlin 2. Aufl. 1969
- Jauernig, Othmar Das fehlerhafte Zivilurteil Frankfurt 1958
- Keidel/Winkler Freiwillige Gerichtsbarkeit München 10. Aufl. 1972

- Kleinknecht, Theodor Strafprozeßordnung
München 32. Aufl. 1975
- Kohler, Josef Über die Interpretation von
Gesetzen
Grünhuts Zeitschrift XIII
(1886) S. 1 ff
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechts-
wissenschaft
Berlin-Heidelberg-New York
2. Aufl. 1969
- Lent, Friedrich Anmerkung zu Bay ObLG 64, 307
in ZJP 64, 312 ff
- derselbe Anmerkung zu LG Tübingen
NJW 1949, 717
- derselbe, Jauernig, O. Zivilprozeßrecht
München 18. Aufl. 1977
- Mührer Beschwerde wegen Fehlens
jeder gesetzlichen Grundlage
SchlHA 1959, 73 ff
- Nickisch, Artur Zivilprozeßrecht
Tübingen 2. Aufl. 1952
- Osterrieth Zur Behandlung des nicht auf
Antrag des Klägers erlassenen
Verweisungsbeschlusses
JZ 1953, 23 ff
- Petersen Zivilprozeßordnung für das
Deutsche Reich nebst Ein-
führungsgesetzen (bearbeitet
von Remele und Anger)
Lahr 5. Aufl. 1906
- Pikart-Henn Lehrbuch der freiwilligen
Gerichtbarkeit, Recht - und
Rechtsgang
Köln-Berlin-Bonn-München 1963
- Püschel, Dieter Anmerkung zu OLG Jena, ZJP
51, 86 in ZJP 51, 88 ff
- Rimmelspacher, Bruno Zur Prüfung von Amts wegen
im Zivilprozeß
Göttingen 1966
- Reincke, Otto Die deutsche Zivilprozeß-
ordnung
Berlin 2. Aufl. 1893
- Reincke Zum Vertrauensschutz auf
eine ständige Rechtsprechung
MDR 1956, 324 ff

- Rosenberg, Leo
Schwab, Karl Heinz
Zivilprozeßrecht
1. Aufl. München und Berlin
1927
9. Aufl. 1961
seit 1969 fortgeführt von
K. Heinz Schwab
München 12. Aufl. 1. Band /77
- Roth-Stielow
Die Auflehnung des Richters
gegen das Gesetz
Villingen 1963
- Sauer, W.
Grundlagen des Prozeßrechts
Berlin 2. Aufl. 1929
- Schlegelberger, F.
Gesetz über die Angelegenheiten
der freiwilligen Gerichts-
barkeit, Band 1
Köln 7. Aufl. 1956
- Schlieper
Das Landgericht als Beschwer-
deinstanz
Berlin-Leipzig-Wien 1942
- Schmidt, Eike
Der Zweck des Zivilprozesses
und seine Ökonomie
Frankfurt 1973
- Schmidt, Richard
Lehrbuch des deutschen Zivil-
prozeßrechts
Leipzig 2. Aufl. 1906
Band 1 und 2
- Schneider, Egon
Logik für Juristen
Berlin-Frankfurt 1965
- derselbe
Willkürliche Verweisung und
gesetzlicher Richter
NJW 1968, 96 ff
- Schönke/Kuchinke
Zivilprozeßrecht
1. Aufl. 1938
seit 1969 fortgeführt von
Kuchinke
Karlsruhe 1969
- Schönke/Daur
Zwangsvollstreckungs-Konkurs-
und Vergleichsrecht
Karlsruhe 9. Aufl. 1974
- Schwinge
Grundlagen des Revisions-
rechts 2. Aufl. 1960
- Sellke, S.
Die Revisibilität der Denk-
gesetze
Diss. Marburg 1961
- Seuffert, Lothar v.
Kommentar zur Zivilprozeß-
ordnung, 9. Aufl.
München 1905
12. Aufl. (1933) bearbeitet
von H. Walsmann

- Stein, Friedrich Grundrisse des Zivilprozeß-
rechts
Tübingen 1921
- derselbe Kommentar zur Zivilprozeß-
ordnung, bearbeitet von
R. Pohle, seit 1967 bearbei-
tet von Grunsky, Leipold,
Münzberg, Schlosser und
Schumann
Tübingen 20. Aufl. 1969
- Stüben, H. Dieter Vorschläge zur Neuregelung
der Statthaftigkeit der zivil-
prozessualen Beschwerde, ZZP
83, 1 ff
- Struckmann/Koch Zivilprozeßordnung
Berlin 6. Aufl. 1895
- Sydow/Busch/Crantz Zivilprozeßordnung und Ge-
richtsverfassungsgesetz
(Handkommentar)
Berlin und Leipzig, 14. Aufl.
1925
- Thomas/Putzo Zivilprozeßordnung
München 9. Aufl. 1977
- Thumm Die Klage aus § 826 gegen
rechtskräftige Urteile in
der Rechtsprechung des RG
und BGH 1959
- Tuma Anmerkung zu OLG Bamberg,
JW 1910, 743
- Wach, Adolf Handbuch des deutschen Zivil-
prozesses
1. Halbband
Leipzig 1885
- Weissmann Zivilprozeßordnung
6. Aufl.
- Wiezorek, Bernhard Zivilprozeßordnung und Neben-
gesetze (Großkommentar)
Berlin 1957, 2. Aufl.
- Wilmoski v./Levy Zivilprozeßordnung und Ge-
richtsverfassungsgesetz
2. Band
Berlin 4. Aufl. 1886
- Zeiss, Walter Zivilprozeßrecht, 3. Aufl.
Tübingen 1978
- Zöllner, Richard Zivilprozeßordnung
München, 11. Aufl. 1974
mit Nachtrag/1975
bearbeitet von: Degenhardt,
Karch, Scherübl, Stephan

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.O.	außerordentlich
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bayr.JMBL	Bayrisches Justizmitteilungs- blatt
Bayr.ObLG	Bayrisches Oberstes Landes- gericht
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGII	Bundesgerichtshof
BGH LM	Nachschlagwerk des Bundes- gerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGG	Bundesverwaltungsgerichts- gesetz
bzw.	beziehungsweise
DJ	Deutsche Justiz
DVO	Durchführungsverordnung
DVOzEheG	Durchführungsverordnung zum Ehegesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Band und Seite)
ff	und folgende
FG	freiwillige Gerichtsbarkeit
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
FN	Fußnote
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

HEZ	Höchststrichterliche Entscheidungen in Zivilsachen (Band und Seite)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer)
hRspr.	herrschende Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenzeitschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
i.V.M	in Verbindung mit
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LwVG	Landwirtschaftsverfahrensgesetz
MDR	Monatsschrift des deutschen Rechts
MietSchG	Mietschutzgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nds.Rpfl.	Niedersächsischer Rechtspfleger
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RA	Rechtsanwalt
RdL	Recht der Landwirtschaft
RG	Reichsgericht
RGB	Reichsgesetzblatt
RpflG	Rechtspflegergesetz
Rspr.	Rechtsprechung
Schl.HA	Schleswig-holsteinsche Anzeigen
SGG	Sozialgerichtsgesetz
s.O.	siehe oben
sogn.	sogenannte
StPo	Strafprozeßordnung

UHafEntschG

u.a.

VG

vgl.

VGH

VwGO

WM

ZPO

ZZP

z.B.

Untersuchungshaftentschä-
digungsgesetz

unter anderem

Verwaltungsgericht

vergleiche

Vertragshilfegesetz

Verwaltungsgerichtsordnung

Wertpapiermitteilungen

Zivilprozeßordnung

Zeitschrift für Zivilprozeß

zum Beispiel

E i n l e i t u n g

Von den Rechtsmitteln des Zivilprozesses erfährt die Beschwerde sowohl im Gesetz als auch in den Lehrbüchern und Kommentaren eine recht knappe Behandlung. Anders als bei Berufung und Revision, zu denen zum Teil recht ergiebige Untersuchungen vorliegen 1), fehlt es bei der Beschwerde an eingehender Darstellung 2). Vom Gesetzgeber war die Kürze der Regelung gewollt, um, wie es in der Begründung heißt, das Beschwerdeverfahren " möglichst flexibel und einfach zu gestalten " 3). Die Literatur hat sich dem angeschlossen und bringt kaum mehr als eine Skizzierung

-
- 1) Vgl. etwa Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts oder die neueste Kommentierung von Stein-Jonas-Grunsky, a.a.O., die über 100 Seiten umfaßt.

Demgegenüber hat Gilles, a.a.O., S. 1 auf die geringe Anzahl von Monographien hingewiesen. Ihm ging es dabei weniger um die einzelnen Rechtsmittel, als um das überkommene Rechtsmittelverständnis insgesamt, das seiner Auffassung nach einer grundsätzlichen Korrektur bedarf.

- 2) Auch Fenn befaßt sich in seiner Arbeit " Die Anschlußbeschwerde " im Wesentlichen mit dem Problem der Anschließung an ein Rechtsmittel und weniger mit dem Rechtsmittel der Beschwerde. Die Arbeit von Schlieper, a.a.O. ist dagegen vornehmlich auf den innergerichtlichen Verfahrensablauf ausgerichtet.
- 3) Vgl. Hahn, Mat. Begründung des Entwurfs, S. 374

der gesetzlichen Ausgestaltung 1)).

Meistens wird angeführt, die Beschwerde sei nur ein Rechtsmittel gegen minderwertige Entscheidungen und nehme deshalb nur einen untergeordneten Rang ein 2)).

So bleibt die Entwicklung dieses Rechtsmittels zum großen Teil der Rechtssprechung vorbehalten.

Die beinahe zwangsläufige Folge ist eine gewisse Unsicherheit der Gerichte in einigen Fragen der Beschwerdestatthaftigkeit.

Dies ist insbesondere der Fall bei einer Beschwerdemöglichkeit, die im Gesetz selbst gar nicht angeführt ist:

der sogenannten Beschwerde infolge Fehlens jeder gesetzlichen Grundlage der anzufechtenden Entscheidung.

Die damit geschaffene Erweiterung der Beschwerdestatthaftigkeit 3)) ist eine abschließliche Entwicklung der Praxis.

Von dieser wurde sie gegen den Widerstand eines Teils der Lehre durchgesetzt, und zwar

1) Vgl. etwa die Erläuterungen von Rosenberg-Schwab, a.a.O., § 148, S. 780 ff

2) So schon Hellwig, System, S. 858

3) Daß es sich um ein Problem der Statthaftigkeit dieses Rechtsmittels handelt, ergibt sich aus der grundsätzlichen Natur der Erweiterung. Hier wird ja eine Anfechtungsmöglichkeit gegen grundsätzlich unanfechtbare Entscheidungen überhaupt erst geschaffen (vgl. hierzu Stein-Jonas-Grunsky, Allgem. Einl. II, 1 a vor § 511).

Praxis und Lehre sprechen allerdings gerade bei der Beschwerdeerweiterung oft ungenau von einem Problem der Zulässigkeit (vgl. auch Teubner, NJW 1974, 301).

in einer Reihe von Entscheidungen, in denen den Gerichten die Unanfechtbarkeit eines Beschlusses offensichtlich " unbillig " erschien.

Die sich hieraus zwangsläufig ergebenden Fragen sollen in der vorliegenden Arbeit untersucht werden. Zu ihrer Veranschaulichung sollen die folgenden Beispiele aus der Rechtsprechung dienen, wobei ein Rückgriff auf Beschlüsse zu §§ 281 und 707 ZPO im Hinblick auf die immer wiederkehrenden Hinweise in der neueren Lehre 1) besonders nahe lag. Ein letztes Beispiel soll die Bedeutung dieses Rechtsmittels in der täglichen Praxis aufzeigen.

Zu § 707 ZPO führt das Oberlandesgericht Bremen 2) in einer Entscheidung im Leitsatz aus:

" Gegen einen Beschluß, durch den der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem Wechselvorbehaltsurteil als unzulässig zurückgewiesen wird, findet das Rechtsmittel der Beschwerde statt " 3).

In den Gründen heißt es dann bündig:

" Die sofortige Beschwerde ist statthaft (§ 793 ZPO) und nicht durch § 707, Abs.2 ZPO ausgeschlossen ..., da diese Bestimmung zwar eine Nachprüfung verbietet,

- 1) Vgl. dazu z.B. Rosenberg-Schwab (LB), a.a.O. § 148 III, S. 782; Stein-Jonas-Grunsky, § 567, Anm. I, 4
- 2) OLG Bremen, NJW 1969, 1260
- 3) OLG Bremen, a.a.O. Es ist schon betont worden, daß andere Gerichte engere Grenzen ziehen, vgl. neuerdings etwa OLG FrF NJW 1974, 1339

ob das nach § 707, Abs. 1 ZPO ausgeübte Ermessen richtig angewandt ist, nicht jedoch einer Prüfung entgegensteht, ob § 707 ZPO überhaupt anzuwenden ist 1)...".

Diese Entscheidung läßt schon erkennen, in welchem Umfang einige Obergerichte entgegen dem gesetzlichen Wortlaut eine Anfechtung zulassen.

Der zu § 281 ZPO ausgesuchte Fall zeigt einen weiteren Streitpunkt auf, nämlich ob die Verletzung des Art. 103 I GG Einfluß auf die Beurteilung hat, was greifbar gesetzwidrig ist. Das Landgericht Mannheim ist der Ansicht 2):

" Ein Verweisungsbeschluß, der ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs erlassen wurde, unterliegt der Anfechtung. "

Das Landgericht führt zunächst aus, daß Verweisungsbeschlüsse grundsätzlich auch bei verfahrensfehlerhaftem Zustandekommen unanfechtbar seien, meint aber dann, das könne bei Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen der fundamentalen Bedeutung dieses Grundrechtes hier nicht gelten. Allerdings soll die bloße Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht genügen, vielmehr müsse hinzukommen, daß der nicht gehörte Antragsgegner im Falle der Kenntnisaufnahme die Verweisung mit Erfolg hätte verhindern können und auch verhindert hätte. Darin liege eine unzumutbare Beschwerde des Gegners. Die Verweisung muß also noch zusätzlich irgendwie fehlerhaft gewesen sein.

1) Vgl. OLG Bremen, a.a.O.

2) LG Mannheim, MDR 1965, 582

Schließlich noch ein Fall aus eigener Praxis:

Geklagt wurde wegen Schadenersatzes aus einem Verkehrsunfall. Der Unfall ereignete sich am Ortsende einer Stadt. Die Stadtgrenze bildete gleichzeitig den Amtsgerichtsbezirk. Der kurz vor der Pensionierung stehende Richter am Amtsgericht weigerte sich zunächst Termin anzuberaumen.

Auf Nachfrage erließ er " Aufklärungsbeschluß ":

Der Kläger möge wegen der Frage der örtlichen Zuständigkeit Beweis antreten, daß sich der Unfall innerhalb des Ortes - und damit noch innerhalb des Gerichtsbezirkes - ereignet habe. Erst danach könne überhaupt ein Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt werden.

Dieser Beschluß wurde auf Beschwerde hin vom Landgericht Konstanz wegen Fehlens jeder gesetzlichen Grundlage aufgehoben.

Diese Rechtsprechung zur Beschwerdeerweiterung hat der Bundesgerichtshof grundsätzlich gebilligt 1). Auch die neuere Prozeßrechtsliteratur hat ihre Ergebnisse, zum Teil unter ausdrücklicher Zustimmung, übernommen 2). Regelmäßig fehlt allerdings eine Begründung für diese Zustimmung. Hierfür wird meistens lediglich auf ergangene Entscheidungen verwiesen 3).

1) Vgl. z.B. BGHZ 28, 349

2) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 148, III, 3 d, S. 782; Zeiss (LB) § 84, II, 1 c, S. 282; Thomas-Putzo, § 567, Anm. 16; Stein-Jonas-Grunsky, § 567, Anm. I, 4; kritisch nur Blomeyer (LB), § 105, I, 2, S. 587

3) Vgl. z.B. Rosenberg-Schwab, a.a.O.

Bisher ist auch kein ernsthafter Versuch unternommen worden, eine Rechtfertigung dieser Rechtsprechung zu unternehmen oder auch nur den Anwendungsbereich abzugrenzen.

Nun könnte man sich bei oberflächlicher Betrachtung mit dem Hinweis zufrieden geben, hier handle es sich heute um gewohnheitsrechtlich abgesicherte Erkenntnisse. Denn, das ist nunmehr allgemein anerkannt, auch ständiger Gerichtsgebrauch vermag Gewohnheitsrecht zu schaffen 1). Voraussetzung ist lediglich, daß der Gerichtsgebrauch von der Bevölkerung - bei schwierigen Rechtsproblemen von der Lehre 2) - anerkannt wird.

Damit ist aber für eine grundsätzliche Fragestellung nicht viel gewonnen und eine solche ist notwendig, wenn man auch nur eine Eingrenzung dieser Beschwerdeerweiterung versuchen will. Zudem ist, wie schon angedeutet, in einer Reihe von Entscheidungen nur der Ansatzpunkt derselbe, dagegen das Ergebnis durchaus verschieden.

Insbesondere bei der Frage nach einer Beschwerdemöglichkeit bei erheblichen Verfahrensmängeln bestehen Differenzen. In diesem Zusammenhang weist Blomeyer 3) zurecht auf die Schwierigkeit der Abgrenzung hin, was greifbar gesetzwidrig (und damit anfechtbar) und was nur

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 38, II, S. 262; Larenz, (ML) a.a.O. S. 338 ff.

2) Vgl. dazu Selke, a.a.O. S. 26/27 und Reinecke, MDR 1956, 324

3) Vgl. Blomeyer (LB), a.a.O. § 105 I, 2, S. 587

prozessual mangelhaft ist 1). Zudem ist unklar, in welchem Umfang die solchermaßen fehlerhaften Entscheidungen anfechtbar sein sollen 2). In den gängigen Lehrbüchern und Kommentaren wird auf diese Fragen überhaupt nicht eingegangen. Lediglich einige Autoren präzisieren den Anwendungsbereich dahin, daß anfechtbar nur solche Beschlüsse sein sollen, die das Gesetz nach Art, Inhalt, Zuständigkeit oder Verfahren nicht kennt 3). Der Versuch scheint deshalb gerechtfertigt, die Notwendigkeit der Beschwerdeerweiterung eingehender zu untersuchen und dann möglicherweise den Anwendungsbereich genauer zu umreißen.

Die Beschwerde in der freiwilligen

Gerichtsbarkeit

Das Gesagte gilt nicht nur für den Bereich des Zivilprozesses, sondern gleichermaßen für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Auch dort soll nämlich die Beschwerde über den gesetzlichen Rahmen hinaus gegeben sein, wenn eine Entscheidung ohne gesetzliche Grundlage ergangen ist 4). Eine Begründung hierfür

1) Vgl. Blomeyer, a.a.O.

2) Vgl. dazu Mührer, SchlHA 58, 73 ff

3) Vgl. Rosenberg-Schwab, a.a.O., § 148, 3 d.

4) Vgl. Keidel-Winkler, § 19, Anm. 14 (Rdn. 86); Jansen, 1. Bd., § 19 E 5 (Rdn. 31); Bumüller-Winkler, § 19, Anm. 2 dd

fehlt allerdings ebenso wie in der zivilprozessualen Lehre. Dies ist für die freiwillige Gerichtsbarkeit um so erstaunlicher, als dort die Beschwerde als einziges Rechtsmittel zur Anfechtung aller möglichen Entscheidungen zur Verfügung steht (vgl. §§ 19, ff FGG).

Sie hat damit in diesem Verfahren die Aufgabe der Berufung mitzuerfüllen. Gleichwohl wurden die Ergebnisse der zivilprozessualen Praxis, gewissermaßen stillschweigend, übernommen, während für die Lehre die Probleme dieses Rechtsmittels in ganz anderen Bereichen liegen 1).

So ist es nicht verwunderlich, daß dieselben Unsicherheiten über das Ausmaß dieses Rechtsbehelfs auch in dieser Verfahrensart bestehen. Die Berechtigung und der Umfang der Beschwerdeerweiterung werden also auch hier zu überprüfen sein.

1) so etwa in der Frage der Beschwerdelegitimation, vgl. dazu etwa Habscheidt, a.a.O., § 20, Anm. A 4, andererseits.

Methodische Überlegungen

Stellt man die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit und Berechtigung einer Statthaftigkeitserweiterung bei der Beschwerde, so muß zunächst untersucht werden, ob und inwieweit § 567 ZPO (bzw. § 19 FG) als Rechtsmittelvorschrift der Auslegung überhaupt zugänglich ist. Zudem muß klargestellt werden, in welchem Verhältnis eine Unanfechtbarkeitsklausel (vgl. etwa § 281 Abs.2 ZPO) zu einer Rechtsmittelerweiterung steht.

Zur Beantwortung dieser Fragen ist eine knappe Grundlegung des methodischen Standpunktes erforderlich.

Nach der heute durchaus herrschenden Ansicht sollen im Verfahrensrecht keine anderen Auslegungsregeln gelten, als im materiellen Recht. In der Prozeßrechtsliteratur wird demgemäß oft nur auf die allgemeinen Grundsätze verwiesen 1). Dieser grundsätzliche Ausgangspunkt wird dann oft dahin modifiziert, daß vor allem die Zweckmäßigkeit des Verfahrens die Richtschnur bei der Auslegung der Prozeßgesetze sei 2).

Der Bundesgerichtshof hat das mehrfach so formuliert, daß die Verfahrensvorschriften reine

- 1) Vgl. dazu Rosenberg-Schwab (LB) a.a.O., S.91; Blomeyer (LB) a.a.O. § 2 IV, S.11; Nikisch (LB) a.a.O. § 6 (S.27) und Stein-Jonas-Pohle, Einl.M.
- 2) Vgl. Thomas-Putzo, Einl. VI, 2; Nikisch (LB) S. 27 ff

Zweckmäßigkeitsvorschriften seien, die im Wege eines zweckmäßigen und schnellen Verfahrens zu einer sachlichen Entscheidung führen sollen 1). Demgemäß soll im Prozeßrecht bei der Auslegung einer Vorschrift vornehmlich die teleologische Methode Anwendung finden 2). Dieser Ausgangspunkt entspricht auch der ständigen Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof 3). Er hat im übrigen eine lange Tradition. Schon Wach und Kohler stellten den objektiven Sinn einer Vorschrift in den Vordergrund jeder Auslegung 4). Wach verlangte, daß ein Gesetz so auszulegen sei, wie es seinem "erkennbaren Zweck und der Forderung nach Gerechtigkeit" 5) entspricht. Von Stein schließlich stammt der Satz, Prozeßrecht sei "reines Zweckmäßigkeitsrecht" 6). Er schon leitete daraus ab, daß die Richtschnur jeder Auslegung in erster Linie der Zweck eines Gesetzes sei. Nun mag zwar die erste These nicht ganz bedenkenfrei sein, allgemein anerkannt ist aber heute, den

- 1) Vgl. etwa die Ausführungen in BGHZ 10, 350 (359) = NJW 53, 1826 ff
- 2) Vgl. außer den Genannten noch Gaul, Grundlagen, a.a.O., S. 45; Fenn, Anschlußbeswerde, a.a.O., S. 147; Schwinge, Grundlagen, 2. Aufl., a.a.O., S. 5
- 3) Vgl. RGZ 102, 278; 141, 350
- 4) Vgl. Wach, Handbuch, §§ 20 ff (257/258); Kohler in Grünhuts Zeitschrift XIII, S. 1
- 5) Vgl. Wach, a.a.O.
- 6) Stein (LB), a.a.O., Vorwort zur 1. Aufl., S. XLV ff

Zweck eines Gesetzes als wichtigstes Auslegungskriterium zu betrachten 1), allerdings nicht als ausschließliches Kriterium, da andernfalls die Gefahr besteht, den Inhalt einer Norm nach ihrem Zweck und umgekehrt den Zweck nach dem Inhalt zu bestimmen 2). Um ihr zu entgehen ist eine sorgfältige Prüfung unter Einbeziehung des Funktionszusammenhangs der Stellung der Norm vorzunehmen 3). Nur wenn solche Gesichtspunkte miteinbezogen werden, läßt sich - wenn überhaupt - eine Lösung rechtfertigen, die über den gesetzlichen Wortlaut hinausgeht, ja ihm teilweise - wie in den zu untersuchenden Fällen - geradewegs widerspricht.

Die Statthaftigkeit als Problem

der Rechtsfortbildung

Auch insoweit wird die grundsätzliche Möglichkeit eines solchen Ergebnisses von der überwiegenden Meinung in der Praxis und Lehre bejaht, umstritten ist nur ihre me-

-
- 1) Vgl. statt vieler: Larenz (ML), a.a.O., S. 250 ff
 - 2) Vgl. Henckel, Prozeßrecht, a.a.O., S. 41. Gerade dieser Gefahr des Zirkelschlusses sind auch im zu untersuchenden Bereich einige Gerichte erlegen.
 - 3) Vgl. Henckel, a.a.O.; dazu auch Schneider, Logik für Juristen, S. 258 ff

thodische Einordnung und ihre Grenzen 1).

Der Bundesgerichtshof hat mehrfach die Ansicht vertreten, daß auch

" gegenüber einem sprachlich eindeutigen Wortlaut eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes Platz greifen muß ", denn höher als der Wortlaut des Gesetzes stehe sein " Sinn und Zweck " 2).

Diese Auffassung hat das Bundesverfassungsgericht in mehreren Beschlüssen ausdrücklich gebilligt. Erst neuerdings hat es in dem grundlegenden Beschluß zu § 80 Abs. 6 VwGO 3) wieder ausgeführt, der Richter brauche am Wortlaut einer Norm nicht haltzumachen. Auch durch Art 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG sei er nur an Sinn und Zweck eines Gesetzes gebunden. Fordere demnach eine sinnvolle Anwendung des Gesetzes eine vom Wortlaut abweichende Auslegung, so sei diese Auslegung geboten 4).

- 1) Gegen solche Art der " Auslegung " wendet sich Roth-Stielow, " Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz " (vgl. S. 45 ff) m.E. in dieser schroffen Form zuunrecht. Der Richter ist nicht nur Rechtstechniker, " der das Gesetz deutlich zu machen hat ", er hat gegebenenfalls auch die Aufgabe rechtsfortbildend zu wirken (vgl. etwa § 137 GVG). Allerdings ist Roth-Stielow zuzugeben, daß jede Auslegung nachvollziehbar sein muß, vgl. dazu unten.
- 2) So BGHZ 17, 266 (276/277), ebenso schon BGHZ 2, 176 (184); 3, 308 (315)
- 3) BVerfG NJW 73, 1491 (1494) = DÖV 73, 643 = DVBl 73, 122
- 4) BVerfG 22, 28; 9, 106, 8, 219

In den Standardwerken zur Methodenlehre wird diese Auffassung, soweit ersichtlich, nur von Germann vertreten. Er meint, man solle zwar vom Wortlaut nicht leichtfertig abweichen, doch könne man selbst bei klarem Wortlaut des Gesetzes genötigt sein, eine Vorschrift nach ihrem Sinn auszulegen 1).

Anders im methodischen Ansatz, wenn auch nicht im Ergebnis die Lehre. Nach ihr kann es eine Auslegung gegen den Wortlaut nicht geben. Die Auslegung hat sich demnach im Rahmen des möglichen Wortsinnes zu halten. Konkret heißt das, eine kraft Gesetzes unanfechtbare Entscheidung kann nicht in eine teilweise anfechtbare " ausgelegt " werden. Denkbar und zulässig soll es allerdings sein, zur Rechtsfortbildung in Einzelfällen gegen den Gesetzestext zu entscheiden 2).

Dabei wird unter der Rechtsfortbildung die Fortsetzung der Auslegung auf anderer Stufe verstanden. Bei ihrer Rechtfertigung sind die selben Gesichtspunkte maßgebend, wie bei der Auslegung 3). Es müssen also außerordentliche Gründe für die Abweichung vom Gesetzeswortlaut sprechen.

Ein qualitativer Unterschied zwischen beiden Formen der Rechtsfindung besteht demnach nicht 4). Die Unterscheidung der herrschenden

- 1) Vgl. Germann, Probleme, S. 10⁴ ff
- 2) Vgl. Larenz (ML), a.a.O., S. 30⁴; Enneccerus-Nipperdey (LB), a.a.O., § 57 II u. III, S. 335; Canaris, a.a.O., S. 20 ff
- 3) Vgl. z.B. Larenz (ML), a.a.O., S. 30⁴
- 4) Esser, Vorverständnis, a.a.O., S. 175

Lehre hat lediglich klarstellende Funktion.
Für sie sprechen sprachliche Erwägungen, so-
daß sie auch deshalb einem weiteren Auslegungs-
begriff vorzuziehen ist 1).

Die Lücke als Voraussetzung der Rechts-

fortbildung

Die entscheidende Frage ist damit, unter wel-
chen Voraussetzungen Rechtsfortbildung zu-
lässig ist. Aus den zitierten Entscheidungen
klingt schon an, daß ein vom Gesetzeswortlaut
abweichendes Ergebnis nur in Ausnahmefällen
gerechtfertigt werden kann.

Zusammengefaßt kann man sagen: Rechtsfort-
bildung ist nur da zulässig, wo der Nachweis
einer Lücke erbracht wird. Dabei soll im An-
schluß an Canaris unter einer Lücke eine plan-
widrige Unvollständigkeit des positiven Rechts
verstanden werden 2).

Diese Begriffsbestimmung enthält zwei Elemente:
Zunächst ist mit Hilfe der schon dargelegten
Auslegungskriterien festzustellen, ob über-
haupt das Gesetz unvollständig ist. Zum an-
deren muß eine Planwidrigkeit nachgewiesen
werden. Beide Elemente greifen ineinander über.
Sie zeigen zudem, daß hierbei der Wertungsmaß-
stab eine ausschlaggebende Rolle spielt. Dieser

- 1) In diesem Sinne auch VGH Bad.-Württ., in
einer unveröffentlichten Entscheidung zu
§ 80 VwGO (AZ VIII 927/74)
- 2) Vgl. Canaris a.a.O. S. 39; ähnlich Engisch,
a.a.O. S. 134 ff (139);
Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 59 FN, 10

kann mit Canaris in der gesamten Rechtsordnung gesehen werden 1). An ihm muß sich der zunächst absolute Geltungsanspruch eines Gesetzes messen lassen. Dabei ist der Rückgriff auf gesetzlich nicht festgelegte Werte zulässig 2).

Aufgrund der besonderen Schwierigkeiten, die ein solcher Rückgriff auf höhere Rechtswerte allerdings immer aufwirft, ist der Versuch einer Erklärung aus dem Gesetz vorrangig. Die erste Frage muß also jeweils dahingehen, ob Sinn und Zweck der Vorschrift selber eine Ausweitung der Beschwerdemöglichkeit fordert, ob umgekehrt eine Unanfechtbarkeitsklausel unter diesem Aspekt zu weit gefaßt ist 3). Erst danach kann gefragt werden, ob eine solche Ausdehnung oder Einschränkung durch Rechtswerte wie Gleichheit und Rechtsfrieden allgemein gefordert wird. Dabei wäre jeweils der zusammenhängende Gesichtspunkt der Planwidrigkeit in die Untersuchung miteinzubeziehen.

- 1) Vgl. Canaris, a.a.O. S. 39
- 2) Insoweit wird auf die weitergehende Unterscheidung von Larenz (Methodenlehre, a.a.O. S. 382) zwischen Lückenergänzung im Rahmen der immanonten Teleologie des Gesetzes und einer Rechtsfortbildung "extra legem", aber "intra ius" verzichtet: sie führt zu keinem anderen Ergebnis.
- 3) Sog. teleologische Reduktion, vgl. Larenz (ML), a.a.O. S. 369; Canaris, a.a.O. S. 82 ff, (S. 88)

Bedenken gegen eine unbegrenzte Rechtsfort-

bildung bei der Beschwerde

Die Anwendbarkeit des dargelegten methodischen Ansatzes bedarf allerdings bei der Beschwerde einer zusätzlichen Rechtfertigung. Diese Notwendigkeit ergibt sich einmal aus ihrer Funktion als Rechtsmittel, zum anderen aus der Struktur des § 567 ZPO selbst. Danach ist Beschwerde einerseits statthaft in den vom Gesetz besonders vorgesehenen Fällen, zum anderen bei Zurückweisung bestimmter Verfahrensgesuche. Damit läßt sich diese Vorschrift als eine mit einer Generalklausel verbundene Enumerationsvorschrift bezeichnen 1).

Für letztere ist aber streitig, inwieweit sie überhaupt der Auslegung und Rechtsfortbildung zugänglich sind. Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, daß regelmäßig solche Bestimmungen wie Ausnahmevorschriften zu behandeln sind 2).

- 1) Daß dabei die "enumerierten" Entscheidungen nicht selbst in der Vorschrift aufgenommen sind, ändert an der vorgenommenen Einordnung nichts.
- 2) Vgl. Canaris, a.a.O. S. 181. Die von Canaris gemachte Ausnahme für Fälle, in denen die Aufzählung nur exemplifikatorischen Charakter hat, trifft hier sicher nicht zu. Dagegen spricht sowohl der Wortlaut der Vorschrift, als auch ihre Funktion als Rechtsmittel.

Ist § 567 ZPO eine Ausnahmebestimmung?

Gegen die Einordnung des § 567 ZPO als Ausnahmevorschrift spricht in gewissem Umfang zwar die Generalklausel der 2. Alternative. Gerade ihr Zweck ist es ja, einen möglichst umfassenden Rechtsschutz im Zusammenhang mit anderen Rechtsmitteln zu gewähren.

Zudem wird man die Rechtsmittelvorschriften wohl nicht einfach als Ausnahmevorschriften bezeichnen können, vielmehr handelt es sich bei den Rechtsmitteln, die es in allen Verfahrensordnungen gibt, um eine vom Gesetzgeber ausdrücklich geschaffene Möglichkeit der Überprüfung von Entscheidungen 1).

Andererseits ist die grundsätzliche Rechtsetzungskompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers zu beachten. An ihm liegt es, die Rechtsmittelvoraussetzungen festzulegen. Hat er dies wie in der ZPO - getan, so verlangen die Rechtssicherheit und das Gebot nach Vorhersehbarkeit einer Entscheidung als wesentliche Elemente rechtsstaatlicher Ordnung, die Beachtung des gesetzgeberischen Willens. Gerade die Verfahrensvorschriften und hier wieder besonders die Rechtsmittelvorschriften haben eine ordnungswahrende Aufgabe. Die zu Ausnahmevorschriften entwickelten Grundsätze

- 1) Zwar soll nach der Rspr. des BVerG (BVerGE 4, S. 94; S.211 und S.411) der Instanzenzug verfassungsrechtlich nicht geboten sein. Selbst wenn man aber diese These als gegeben hinnimmt, ist zu berücksichtigen, daß die Möglichkeit, eine Entscheidung vor ein höheres Gericht zu bringen, ein wesentliches Merkmal unseres Rechtssystems ist.

sind deshalb bei den Rechtsmitteln zumindest mitzubedenken.

Damit ist jedoch nicht schon jede Rechtsfortbildung zu § 567 ZPO ausgeschlossen. Hinsichtlich seiner Ergänzungsfähigkeit sind allenfalls erhebliche Einschränkungen zu machen. So ist es aus den angeführten Gründen nicht möglich, die Vorschrift im Wege unbegrenzter Analogie, etwa auf die Anfechtbarkeit aller (prozessualen) Nebenentscheidungen auszudehnen. Vielmehr ist der Analogieschluß hier nur zulässig, wenn der Nachweis eines engeren Prinzips gelänge, das der Vorschrift zugrundeliegt und seinem Sinn nach Anwendung auch auf einen nicht geregelten Sondertatbestand fordert.

Das darf aber nicht dazu führen, das gefundene Prinzip zur Regel zu erheben um so zu einer unbegrenzten Auslegung zu gelangen, d.h., es muß auf rechtsähnlich gelagerte Sondertatbestände begrenzt bleiben, wie Gaul in seinen grundlegenden Ausführungen an den Wiederaufnahmetatbeständen nachgewiesen hat 1). In Anlehnung an seine Untersuchung kann man auch hier die Frage nach einem analogiefähigen "Beschwerdeprinzip" stellen. Es wäre dann weiter zu fragen, ob die in der Praxis auftauchenden Fragen anhand dieses gefundenen Prinzipes gelöst werden können.

Sollte sich ein so umrissenes Prinzip nicht finden lassen, bliebe als letztes der Rückgriff auf gesetzesimmanente Werte oder höhere

1) Hierzu Gaul, Grundlagen, a.a.O. S. 37 ff

Rechtswerte offen. Die Zulässigkeit eines solchen Rückgriffs ist in diesem Fall allerdings außerordentlich fraglich. Teilweise wird ein derartiger Rückgriff bei Enumerationsbestimmungen völlig ausgeschlossen.

Hält man diesen Gedanken aus Gründen der Rechtssicherheit für anwendbar, so müßte insoweit die schon dargelegte Möglichkeit der Lückenausfüllung verneint werden. Eine der wenigen Begründungen der Kommentare für die Beschwerdeerweiterung, nämlich die von Baumbach-Lauterbach, die ausdrücklich auf die Gerechtigkeit abhebt 1), ginge damit fehl.

Indes ist hier eine Differenzierung angebracht. Die gemachte Einschränkung ist bei Enumerationsbestimmungen darauf zurückzuführen, daß es sich dabei häufig um Kompromißbestimmungen handelt, die im Spannungsfeld verschiedener Interessen eine mehr oder weniger willkürliche Abgrenzung schaffen 2).

Jede Abweichung, insbesondere aber jede Ausdehnung des Gesetzes beinhaltet daher ebenfalls einen Willkürakt, der bei großzügiger Handhabung die Rechtssicherheit unerträglich gefährden muß 3). Deshalb muß ein sorgloser Rückgriff auf höhere Rechtswerte in der Tat besonders gefährlich erscheinen. Demgegenüber muß aber eine vorsichtige und im einzelnen begründete Ausweitung möglich sein. Die Rechtssicherheit ist nur ein - wenn auch wesentliches - Element unserer Rechtsordnung. Rechtswerte wie

1) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 567 Anm. 1 c

2) Gaul, a.a.O. S. 37 ff

3) dazu Heck AcP 112, 181

die Gerechtigkeit oder der Rechtsfriede stehen ihr nicht von vornherein nach. Eine gewisse Einbuße an Rechtssicherheit kann daher im Einzelfall eher hinzunehmen sein, als eine augenscheinliche Verletzung grundlegender Rechte. Die maßgeblichen Überlegungen mögen bei Enumerationsbestimmungen, wie sie im Wiederaufnahmerecht kodifiziert sind, zu einem anderen Ergebnis führen als bei den Beschwerdevorschriften. Das kann aber nicht heißen, daß der Rückgriff auf höherrangige Rechtswerte grundsätzlich ausgeschlossen sein muß. So ist es durchaus denkbar, ein an einem Rechtsideal ausgerichtetes Ergebnis ebenso eng zu umreißen, wie ein anhand doch ähnlicher Auslegungskriterien gefundenes "Prinzip".

Beide Möglichkeiten sind daher zu berücksichtigen. Auszugehen ist von dem Versuch, ein engeres Beschwerdeprinzip nachzuweisen, da dieses das methodisch unproblematischere und damit vorrangige Mittel ist.

Gibt es ein analogiefähiges Beschwerdeprinzip?

Die Frage nach einem engeren Beschwerdeprinzip hat anzusetzen bei den dem Gesetz (§ 567 ZPO) zugrundeliegenden Wertungen.

Hierbei zeigt sich schon als wesentliche Schwierigkeit die Vielfalt der mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen. Sie reicht von der Zurückweisung bestimmter Personen im Prozeß bis zum Zwangsvollstreckungs- und Schiedsverfahren.

Insgesamt sind innerhalb der ZPO allein weit über 50 Entscheidungen entsprechend der ersten

oder zweiten Alternative dieser Vorschrift anfechtbar 1).

Schon im Hinblick auf diese Zahl läßt sich ein gemeinsamer Grund nicht dafür angeben, wieso gerade diese Entscheidung der Beschwerde unterworfen ist und eine andere nicht 2).

Dies hängt nicht zuletzt mit der Entwicklung des Beschwerderechts und der dabei vom Gesetzgeber verfolgten Absicht zusammen. Mit der angesprochenen Doppelspurigkeit wollte der Gesetzgeber - damals der CPO von 1879 - eine größtmögliche Überprüfbarkeit prozessualer Nebenentscheidungen erreichen. Die Beschwerde war damit ursprünglich als ein rein ergänzendes Rechtsmittel gedacht.

Mit ihr sollte ein umfassender und flexibler Rechtsschutz auch bei Verfahrensentscheidungen gewährleistet werden. Dies ergibt sich aus der Zusammenstellung der damals, insbesondere auch gemäß der ersten Alternative anfechtbaren Entscheidungen³⁾, wird aber auch in den Motiven ausdrücklich betont ⁴⁾.

War die Beschwerde zunächst auf prozessuale Nebenentscheidungen beschränkt, so wurde ihr

- 1) Vgl. die Aufzählung von Stein-Jonas-Grunsky, § 567 Anm. II und Stüben ZZP 83, 1 ff Anhang
- 2) Einfacher ließen sich die Gründe für die Unanfechtbarkeit angeben. Aber einmal sind auch diese nicht für alle Entscheidungen gleich, zum anderen wäre damit für die Frage nach einem Beschwerdeprinzip nicht viel gewonnen.
- 3) Vgl. Darazetti, a.a.O. S. 192 ff
- 4) Vgl. Hahn, Mat. S. 39 und 139

Anwendungsbereich in der Folgezeit sowohl innerhalb der ZPO (vgl. z.B. §§ 91 a, Abs.2; 271, Abs. 3), als auch in anderen Gesetzen (z.B. GKG, KostO) durch ausdrückliche Anfechtbarkeitserklärung immer stärker erweitert 1).

Ein genauer umrissener Leitgedanke bei der Kodifizierung ist nicht erkennbar. Im Gegenteil, der Anwendungsbereich der Beschwerde ist immer uneinheitlicher geworden.

Er umfaßt nicht mehr nur prozessuale, sondern nunmehr auch sachliche Nebenentscheidungen. War früher die Beschwerde ausdrücklich gegen Beschlüsse gegeben, so ist sie heute ausnahmsweise gegen ein Urteil statthaft (vgl. §§ 99 Abs. 2; 135 Abs. 3; § 721 Abs. 4 ZPO).

Allen Entscheidungen ist lediglich gemein, daß sie nicht zur Hauptsache ergehen, den Streitgegenstand also nicht betreffen. Diese Charakterisierung ist allerdings viel zu allgemein, um für einen Analogieschluß tragfähig zu sein. Wollte man annehmen, daß alle prozessualen und sachlichen Nebenentscheidungen anfechtbar sein sollten, so hätte sie der Gesetzgeber nicht einzeln zu fixieren brauchen.

Insoweit steht das Enumerationsprinzip einer so weiten - generalklauselartigen - Ergänzung entgegen. Ein engeres, dem Beschwerderecht zugrundeliegendes Prinzip läßt sich aber, wie

- 1) Wenn Hellwig (a.a.O. S. 558) meint, die Beschwerdemöglichkeiten seien durch die Novellengesetzgebung immer mehr eingeschränkt worden, so bezieht sich das nur auf die Abs. 2 und 3 des § 567 ZPO. Es läßt aber die Erweiterungen im Rahmen der 1. Alternative zu Abs. 1 außer Betracht.

dargelegt, nicht angeben.

Damit muß der Versuch scheitern, die Beschwerdestatthaftigkeit mit Hilfe des Analogieschlusses auf rechtsähnliche Sondertatbestände auszudehnen. Man wird lediglich sagen können, daß - wenn überhaupt - sachliche oder prozeßuale Nebenentscheidungen die Grenze dessen sind, was noch mit der Beschwerde anfechtbar ist.

Gesetzesimmanente Werte

Um klarer umrissene inhaltliche Kriterien zu finden, bleibt vom methodischen Standpunkt aus nur noch der Rückgriff auf Gesetzesimmanente Werte oder höherrangiges Recht. Als allgemeiner Wert könnte sich ein allen Rechtsmitteln zugrundeliegendes Prinzip anbieten. Es wäre dann zu prüfen, ob dieses nicht auch bei einigen unanfechtbaren Entscheidungen Anwendung fordert und damit die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels begründet. Beispielshalber nennen einige Autoren als Wesenselement der Rechtsmittel die Richtigkeitskontrolle 1) oder ein Anfechtungsprinzip 2). Das kann aber nicht heißen, daß jede falsche Entscheidung anfechtbar sein soll. Tatsächlich mögen die Rechtsmittel - und damit auch die Beschwerde - dazu dienen, das richtige oder das bessere Ergebnis zu gewährleisten. Damit ist aber doch nur ganz allge-

1) Vgl. Rosenberg-Schwab, a.a.O. § 135 I c;
Lent-Jauernig, a.a.O. § 72 I

2) Vgl. Gilles, a.a.O. S. 9

mein etwas über den Zweck der Rechtsmittel ausgesagt.

Die Verfolgung dieses Zweckes hat notwendigerweise ihre Grenzen: nicht alle Entscheidungen können mit Rechtsmitteln angegriffen werden. Vielmehr setzen hier die Rechtssicherheit, wohl auch die Prozeßökonomie (etwa bei der Festlegung einer bestimmten Rechtsmittelsumme, vgl. §§ 511 a, 546 Abs.1 und 567 Abs. 2) ihre Grenzen.

Den Parteien ist nicht geholfen, wenn ihre Streitigkeit vor Gericht endlos und ohne endgültige Entscheidung fortgesetzt wird. Die Erfahrung lehrt, daß lange Prozesse die Beteiligten nur noch mehr verbittern 1). Insoweit haben die Rechtsmittel, gleich welchen Zweck man ihnen auch beimißt, immer nur die Funktion eines notwendigen Korrektives.

Damit kann aber auch aus einem so allgemein definierten Wesen der Rechtsmittel - gleichgültig worin man es sieht - nicht entscheidendes darüber ausgesagt werden, wann im Einzelfall eine Entscheidung anfechtbar sein soll und wann nicht.

Eine nähere Konkretisierung des Rechtsmittelverständnisses ist aber bisher nicht gelungen. Sie scheint auch angesichts des breiten Spektrums anfechtbarer Entscheidungen und verschiedenartiger Anfechtungsmöglichkeiten nicht möglich. So geben die einschlägigen Vorschriften insbesondere nichts dafür her, daß der Grad der Unrichtigkeit deren Anfechtbarkeit

- 1) Das heißt freilich nicht, daß es auf die Entscheidung und nicht auf das Ergebnis ankomme. Ziel jeder Entscheidung muß es sein, materielles Recht zu verwirklichen.

entscheidet. Eine solche Wertung kann dem Gesetz nicht entnommen werden, selbst wenn man als Zweck eines Rechtsmittels die Richtigkeitskontrolle annimmt. Die angegebenen übergeordneten Gesichtspunkte sind aber zu allgemein, um ohne wesentliche Gefährdung der Rechtssicherheit den tragenden Grund für eine Analogie bilden zu können.

Rückführung auf allgemeine Rechtsprinzipien

Nach all dem bleibt als letzte Möglichkeit tatsächlich nur der Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze und Rechtswerte 1).

Canaris hat hierzu nachgewiesen, daß sie auch als Wertmaßstab der Lückenfeststellung herangezogen werden können 2). Dabei kommen allerdings nur materielle Prinzipien in Betracht, die allgemeine Geltung beanspruchen. Auszuscheiden sind also solche, die lediglich rechtstechnischer Art sind, oder die - wie etwa die Gefährdungshaftung - keine allgemeine Gültigkeit beanspruchen können 3). Bei der Heranziehung eines solchen Rechtsgrundsatzes ist gerade hier Zurückhaltung geboten. Ausgangspunkt muß die vorrangige Geltung des Gesetzes sein. Nur wenn tatsächlich überragende Gesichtspunkte für ein Abweichen sprechen, ist Rechtsfortbildung möglich.

1) Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Begriffen besteht nicht.

2) Canaris, a.a.O. S. 93/94

3) Canaris, a.a.O. S. 94/95

Insoweit können dann zwar die Einzelfallgerechtigkeit, die Rechtssicherheit, letztlich auch ein unabwendbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs herangezogen werden. Die maßgebenden Überlegungen sollten dabei immer rational nachvollziehbar und verallgemeinerungsfähig sein. So ist etwa ein " unabwendbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs " im Einzelfall möglicherweise schnell bejaht.

Die sich aus einer solchen Rechtsfortbildung ergebenden Folgen sind aber oft nicht absehbar und damit letztlich angreifbar.

In all diesen Fällen sollte deshalb eine besondere Abwägung des Für und Wider genauso selbstverständlich sein, wie die genaue Umschreibung der Tatbestände.

Ein Abweichen von der gesetzlichen Norm muß danach in besonderem Maße erforderlich erscheinen.

Im Hinblick auf die Beschwerdeerweiterung kann man insoweit manchem Obergericht durchaus vorwerfen, daß der Rückgriff auf angeblich höherrangiges Recht oft zu unbedenklich erfolgt ist. Hier gibt allerdings die Lehre auch der Praxis wenig Hilfe.

So ist die Aussage von Baumbach-Lauterbach " die Nichtgewährung eines Rechtsmittels in den genannten Fällen entrechte die Partei in unerträglicher Weise " 1) ebenfalls zu allgemein, um als Rechtfertigung einer doch einschneidenden Rechtsfortbildung dienen zu

1) Baumbach-Lauterbach, § 567, Anm. 1 c

können 1)). Die Rückführung auf überragende Rechtswerte muß viel stärker konkretisiert werden, um am Einzelfall nachvollziehbar zu sein. Dabei ist zugegebenermaßen eine strenge Trennung der einzelnen Werte oft gar nicht möglich. Diese sind indes auch nicht als Gegensatz zu sehen, sondern ergänzen einander und gehen ineinander über. In dieser Hinsicht ist also eine Gesamtschau angebracht. Diese ist aber nicht anhand abstrakter Ableitungen möglich, sondern kann regelmäßig nur vom zu entscheidenden Sachverhalt ausgehen. Es ist also unmöglich zu sagen, die Gerechtigkeit fordert ein zusätzliches Rechtsmittel, vielmehr muß sich diese Notwendigkeit am konkreten Fall erweisen. Erst wenn der Lösung dieses Falles dann ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen werden kann, der auf weitere Beispiele mit gleicher Grundstruktur ebenso zutrifft, ist die Verfestigung zu einem allgemeinen Prinzip möglich 2)).

1) Diese Argumentation steht in einem grossen Widerspruch zu dem in der Problematik ähnlichen Fall einer Aufhebungsmöglichkeit sittenwidrig erlangter oder ausgenutzter Urteile. Bekanntlich gewährt die Rspr. hier ja Rechtsschutz über § 826 BGB (vgl. dazu ausführlich Thumm, die Klage aus § 826, a.a.O.). Diese Rspr. nun hielten Baumbach-Lauterbach bislang für eine "Knochenerweichung der Jurisprudenz", die zu "schikanöser Vermehrung des Prozessierens" und zu "bodenloser Rechtsunsicherheit" führe (33. Aufl., Vorbem. VI b zu § 322 ZPO. Diese schroffe Ablehnung wurde auch in der neuesten Auflage - bis auf geringfügige Abänderungen in der Formulierung - beibehalten). Tatsächlich ist die Rspr. zu § 826 BGB stark umstritten (vgl. dazu Gaul, a.a.O., S. 66 ff).

2) Vgl. Canaris, a.a.O., S. 106; Engisch, a.a.O., S. 189 ff; Esser, Grundsatz, S. 44 ff und S. 128 ff

Damit erweist es sich aber vom methodischen Ansatz her als erforderlich, die entschiedenen Fälle und damit die Entwicklung der ganzen Praxis genauer zu beleuchten. Hier trifft demnach methodische Notwendigkeit mit der schon angeschnittenen Frage nach Einzelfallgerechtigkeit zusammen. Nur wenn sich nämlich am Einzelfall kein anderer Ausweg zeigt, ist überhaupt an den Rückgriff auf übergesetzliche Rechtsprinzipien und -Werte zu denken.

Dieser Erkenntnis entsprechend werden im Folgenden für die Entwicklung wesentliche Entscheidungen wiedergegeben und untersucht. Dabei wird sich zeigen, daß zunächst immer wieder Beschlüsse zu ganz bestimmten Vorschriften oder Fallgestaltungen ergingen, so daß sich die Untersuchung im Wesentlichen auf Überlegungen hierzu stützen kann. Dies erleichtert gleichzeitig die Einbeziehung der Literatur, soweit diese überhaupt zur jeweiligen Problematik Stellung genommen hat.

Die Rechtsprechung zu

§ 707 ZPO

Unter Bezug auf das eingangs gebrachte Beispiel soll als erstes die Rechtsprechung zu § 707 ZPO zurückverfolgt werden. Dies zunächst deshalb, weil sie in der Literatur oft als Regelbeispiel der erweiterten Beschwerdestatthaftigkeit genannt wird; außerdem aber auch, weil tatsächlich hier die Rechtsprechung

mindestens zur Anfechtbarkeit an sich unanfechtbarer Entscheidungen ihren Anfang genommen hat und sich die Gerichte auch in anders gearteten Fällen immer wieder hierauf berufen.

Die Entwicklung der Praxis veranschaulicht zudem in besonderem Maße, wie eine einmal gemachte Ausnahme weiter ausgedehnt wurde, um schließlich zum heutigen Stand anerkannter Rechtsfortbildung zu führen.

Die erste Entscheidung überhaupt, die eine sofortige Beschwerde entgegen dem gesetzlichen Wortlaut (vgl. jetzt § 707 Abs. 2 Satz 2) zuließ, stammt schon aus dem Jahre 1886 1). Dabei ist es vom methodischen Standpunkt aus aufschlußreich, daß sich das Reichsgericht neben dem Willen des Gesetzgebers auch schon auf Sinn und Zweck der Vorschrift berief (teleologisches Moment). Hier haben sich also offenbar die Ideen von Wach und Kohler 2) schon ausgewirkt.

Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung zugrunde: Das Landgericht hatte den Antrag eines Vollstreckungsschuldners auf Einstellung der Zwangsvollstreckung mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Vollstreckung, deren Einstellung zu beschließen wäre, noch gar nicht angefangen habe. Dies sei aber die notwendige Voraussetzung eines Einstellungsbeschlusses gem. § 647 CPO.

1) RG Gruchot , Beitr. 31, 106

2) Vgl. oben S. 10

Die hiergegen gerichtete Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Naumburg mit dem Hinweis auf die §§ 657, 647 CPO (entspr. § 707 Abs. 2 Satz 2 ZPO) als unzulässig zurückgewiesen. Diesen Beschluß hat das Reichsgericht auf weitere Beschwerde hin aufgehoben. In der Begründung weist das Reichsgericht auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift hin und zitiert die Motive zu § 647 CPO. Nach diesen soll ein Bedürfnis zur Anfechtung gar nicht bestehen, da sowohl das Instanzgericht, als, im Laufe einer höheren Instanz, das Gericht dieser Instanz jederzeit eine andere Anordnung erlassen können. Zudem sei die Gestattung der Anfechtung unzweckmäßig, da die Entscheidung über die Einstellung der Vollstreckung die Entscheidung in der Hauptsache präjudizieren könne 1). Hieraus folgert das Reichsgericht, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei,

" eine Anfechtung des Beschlusses auch in der Hinsicht auszuschließen, ob die Bedingung zur Anwendung der §§ 647, 657 CPO in gegebenem Fall vorliegt. Lehnt der Richter es ab, sein Ermessen über den Antrag auf Einstellung walten zu lassen, weil er zu Unrecht davon ausgeht, daß die Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind, so hindert das Gesetz die dadurch verletzte Partei nicht, gegen einen derar-

1) Dies wird später wieder vom RG (vgl. RGZ 144, 86 (87) betont

tigen Beschluß Abhilfe im Beschwerdeweg zu suchen. Weder der Sinn, noch der Wortlaut des § 647 Abs. 2 a.a.O. zwingt zu einer anderen Auslegung des Gesetzes 1). "

Das eigentliche Problem dieser Entscheidung war also, zu einer einschränkenden Auslegung der gesetzlich festgelegten Unanfechtbarkeit zu kommen. Hierbei hat mittelbar die Frage eine entscheidende Rolle gespielt, inwieweit die freie Abänderbarkeit eines Einstellungsbeschlusses den Bedürfnissen der Praxis genügt. Das Reichsgericht ist dabei offensichtlich zu einem anderen Ergebnis gelangt, als noch der Gesetzgeber der CPO. Ob zu Recht wird noch zu untersuchen sein. Das Reichsgericht jedenfalls hat seine Rechtsprechung aufrechterhalten und in der Folgezeit die Anfechtung immer dann zugelassen, wenn das Untergericht die Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung zuunrecht verneint oder angenommen hat 2). Nach dieser Rechtsprechung sollte § 707 Abs. 2 Satz 2 ZPO demnach nicht eingreifen, wenn

- a) das Gericht ohne in die sachliche Prüfung einzutreten, den Antrag zurückgewiesen hat, weil die formellen Voraussetzungen der § 707, 719 ZPO nicht vorhanden seien, oder
- b) wenn der umgekehrte Fall geltend gemacht wurde, nämlich, daß die Vorinstanz diese allgemeinen Voraussetzungen zuunrecht

1) RG Gruchot, Beitr. 31, 106

2) Vgl. RGZ 25, 402; 32, 393; 47, 419;
50, 404

angenommen habe 1), 2).

Als erstes Gericht hat dann das Oberlandesgericht Jena darauf abgehoben, ob das Beschwerdegericht das erstrichterliche Ermessen nachprüfen mußte oder nicht. Es hat die sofortige Beschwerde für den Fall zugelassen, daß ein Einzelrichter anstelle der Kammer über einen Einstellungsantrag entscheidet und zur Begründung auf eine angeblich feststehende Rechtsprechung verwiesen, nach der die Anfechtung nur insoweit ausgeschlossen sein soll,

als sie nicht darauf gegründet werden kann, daß das Gericht von der ihm gegebenen Befugnis, nach seinen Ermessen zu entscheiden, einen unrichtigen Gebrauch gemacht habe 3).

Noch deutlicher sagt das Kammergericht 4), § 707, Abs. 2, Satz 2 ZPO sei nur dahingehend zu verstehen, daß dem höheren Gericht eine Nachprüfung zusteht, ob das untere Gericht sein Ermessen richtig angewendet habe. So wird die Unanfechtbarkeitskläusel auch heute noch von der Rechtsprechung und überwiegenden Lehre verstanden 5). Damit ist die gesetzliche Regelung

- 1) Vgl. RGZ 59, 66; Püschel ZZP 51, 88 ff (89)
- 2) Dagegen ist die Entscheidung des RG JW 1898, 284, wonach auch die Unrichtigkeit der Anordnung zur Anfechtbarkeit führen kann, eine Ausnahme geblieben.
- 3) OLG Jena ZZP 51, 86
- 4) KG, JW 1928, 1316
- 5) Vgl. außer den angegebenen Entscheidungen noch LAG Düsseldorf, NJW 1963, 555; OLG Neustadt MDR 1964, 853; OLG Frankfurt, OLGZ 1969, 375

zur Ausnahme und die Anfechtbarkeit fast schon zur Regel geworden 1)).

Ein allgemeines, über die Auslegung des § 707 ZPO hinausgehendes Prinzip wurde daraus allerdings zunächst nicht abgeleitet 2)). Erst allmählich wurde bei der Zulassung der sofortigen Beschwerde gegen diese Beschlüsse die Rechtsprechung zur Statthaftigkeitserweiterung bei § 567 ZPO herangezogen. Der vermeintliche Zusammenhang mit dieser Rechtsprechung hat wohl das Oberlandesgericht Karlsruhe 3) und das Landgericht Kiel 4) dazu bewogen, Beschwerde gegen einen Beschluß nach § 707 ZPO auch dann für zulässig zu erachten, wenn mit ihr die Verkenntung des Ermessensrahmens gerügt wird. Beide Gerichte haben dies damit begründet, daß eine Entscheidung auch dann greifbar gesetzwidrig sei, wenn der Ermessensrahmen völlig verkannt würde.

- 1) Zwar meint OLG Braunschweig (JW 1928, S.1317) die Anordnung sei gem. § 707 II,2 ZPO regelmäßig der Anfechtung entzogen, es macht aber dann selbst eine Ausnahme und läßt Beschwerde zu. Man wird sagen können, daß die Unanfechtbarkeit bei § 707 ZPO dem theoretischen Anspruch nach die Regel sein soll, in der Praxis aber die Beschwerdezulässigkeit überwiegt.
- 2) Das gilt auch für einige RG-Entscheidungen, in denen sich zumindest Anklänge an die heutige Praxis finden. So etwa wenn das RG (RG JW 1892, 57 und 1907, 840) sagt, die Beschwerde sei immer zulässig, wo eine Entscheidung, wie sie § 647 CPO erfordert, ergangen ist. Hier braucht man nur den Hinweis auf die angezogene Vorschrift wegzulassen, um die heute herrschende Meinung zur außerordentlichen Beschwerde zu haben.
- 3) OLG Karlsruhe ZZP 75, 140, ähnlich schon hans. OLG MDR 1949, 23 (24)
- 4) LG Kiel SchlHA 1959, 22

Wo im einzelnen hierbei die Grenzen zu ziehen sind, wird von den Gerichten nicht dargelegt. Die ursprüngliche Rechtsprechung wurde damit jedenfalls aufgegeben.

Es scheint mehr als fraglich, ob dieser weitere Schritt noch zu rechtfertigen ist, oder ob er nicht die Unanfechtbarkeit vollends aushöhlt. Zuvor ist aber die grundsätzliche Berechtigung der Rechtsprechung und ihr Zusammenhang mit der Beschwerdeerweiterung zu klären. Erst danach ist eine Abgrenzung überhaupt denkbar.

Die Stellungnahme der Literatur zu

dieser Rechtsprechung

In der neueren Lehre ist die Rechtsprechung zu § 707 ZPO fast unbestritten. Sowohl die Kommentare 1), als auch die Lehrbücher 2) halten hierzu ergangene Beschlüsse für anfechtbar, sofern sie unzulässigerweise ergangen sind. Nicht nachprüfbar sollen lediglich Entscheidungen sein, die einen Ermessensfehler beinhalten. Zur Begründung wird allerdings meistens nur auf die herrschende Meinung verwiesen 3). Nur wenige Autoren gehen näher auf die Anfechtbarkeit ein. Sie erklären sie mit dem Zweck der Vorschrift: § 707 Abs. 2. wolle lediglich die Ermessensüberprüfung verhindern. Nicht da-

1) Vgl. z.B. Baumbach-Lauterbach, § 707 ZPO, Anm. 7; Thomas-Putzo § 707 ZPO, Anm. 7; Stein-Jonas-Münzberg § 707, Anm. III;

2) Rosenberg (LB) § 173, S. 895

3) Vgl. z.B. Thomas-Putzo, a.a.O.; Zöller-Scherübl, § 707, Anm. 2; Baumbach-Lauterbach, § 707

gegen sei daran gedacht, jegliche Anfechtung auszuschließen 1). Damit wird allerdings nichts Neues ausgesagt, sondern lediglich die schon von der Rechtsprechung gegebene Begründung wiederholt.

Teilweise findet man auch eine gewisse Widersprüchlichkeit, so etwa bei Baur, der einmal 2) Bedenken gegen die herrschende Praxis anmeldete, weil sie die gesetzliche Regelung umgehe, ein andermal die herrschende Meinung im Wesentlichen übernimmt 3). Insgesamt wird man wohl trotzdem sagen können, daß die Anfechtbarkeit durch § 707 ZPO nicht gedeckter Einstellungsbeschlüsse heute kaum auf ernsthaften Widerstand stößt.

Diese Zustimmung war nicht immer so einhellig. Ein Blick in die ältere Literatur zeigt vielmehr, daß zunächst eher Ablehnung vorherrschte. Anknüpfungspunkt der Kritik war die vom jeweiligen Stand der Rechtsprechung abhängige Begründung der Entscheidungen. So richtete sich die Kritik von Förster 4) vor allem gegen die incidenter gemachte Unterscheidung von " prozessualischer 5) " und sachlicher Unrichtigkeit. Nur im ersten Fall ließ ja das Reichsgericht zunächst die Anfechtung bei § 647 CPO ausnahmsweise zu. Nach Förster steht diese Recht-

1) Baur, Fälle, a.a.O. S. 49

2) Schönke-Baur, a.a.O.S. 43

3) Baur, Fälle, a.a.O. S. 49

4) Förster, 2. Bd. § 647 CPO Anm. 6

5) Damit ist die Anfechtbarkeit bei falscher Annahme der Voraussetzungen gemeint, vgl. etwa RGZ 25, 402

sprechung im Widerspruch zum Gesetz und findet auch in den Motiven keinerlei Stütze, zumindest habe diese Auffassung dort keinen Ausdruck gefunden 1).

Der ablehnenden Haltung hat sich damals der überwiegende Teil der Lehre angeschlossen 2). Wach 3) und ihm folgend Seuffert 4) haben insbesondere auf die Unterscheidung der Anfechtbarkeit wegen Unzulässigkeit und wegen der Unbegründetheit der einstweiligen Einstellung nochmals hingewiesen. Eine solche Trennung werde, wo auch immer in der ZPO Unanfechtbarkeit angeordnet sei, nirgends vorgenommen. Sie lasse sich auch nicht etwa ausnahmsweise für § 647 CPO aus den Motiven herleiten. Aus diesen gehe vielmehr hervor, daß sowohl das Instanzgericht, als auch das höhere Gericht jederzeit die Entscheidung abändern könne; einer Beschwerdemöglichkeit bedürfe es daher nicht 5). In diesem, vielleicht entscheidenden Punkt kommen die genannten Autoren also zu einem anderen Ergebnis als die Rechtsprechung, allerdings ohne der Frage genauer nachzugehen, ob denn die freie Abänder-

- 1) Förster, a.a.O., Anm. 6
- 2) Vgl. z.B. Schmidt, a.a.O., Bd. 2, 1095; Weissmann, a.a.O., S. 28, wohl auch Struckmann-Koch, § 707, Nr. 6
- 3) Wach, Vorträge, a.a.O., S. 308
- 4) Seuffert, 9. Auflage, 2. Bd., § 707, Anm. 4; ebenso Püschel, ZZP 51, 88
- 5) Die vereinzelt gebliebene Entscheidung des RG, wonach auch bei Unrichtigkeit der Entscheidung ausnahmsweise Anfechtung möglich sein soll (vgl. RG JW 1888, S. 284) wird von Seuffert als "zweifelloso unrichtig" abgelehnt (Seuffert, a.a.O., Anm. 4). Stein meinte sie sei vom RG wohl versehentlich erlassen worden (Gaupp-Stein, 10. Aufl., § 707 FN 32).

barkeit im jeweils vom Gericht gerade zu entscheidenden Fall ausgereicht hat oder nicht.

Nur wenige haben sich für die Rechtsprechung zu § 707 ZPO erklärt, und dann nur zögernd, so z.B. Levy, der in der 4. Auflage (1886) seines Kommentars noch ausführt 1), der Beschluß sei unbedingt unanfechtbar, während er ein paar Jahre später (in der 7. Auflage von 1895), die von der Praxis gemachten Ausnahmen billigt 2). Ein ähnliches Bild bietet der Kommentar von Gaupp, in dem die Ansicht je nach Bearbeiter wechselte. Gaupp selber beschränkte sich auf die Wiedergabe der Rechtsprechung, allerdings auch ohne Kritik daran zu üben 3); Stein hielt die Rechtsprechung für bedenklich und lehnte sie ab 4); Jonas schließlich konnte von einer allgemein befolgten Praxis sprechen, deren Berechtigung er dahinstellte, aber nicht weiter untersuchte 5). Am ehesten fand die Rechtsprechung Eingang und Billigung in den von Praktikern herausgegebenen Kommentaren. Unter anderem in denen von Petersen 6) und Reincke 7), später auch Sydow-Busch 8) und Baumbach 9).

1) v. Wilmoski-Levy, 4. Aufl., § 647, Anm. 10

2) v. Wilmoski-Levy, 7. Aufl., § 647, Anm. 10

3) Gaupp, 2. Bd., 2. Aufl., § 647, Anm. III

4) Gaupp-Stein, a.a.O., Fn 32

5) Gaupp-Stein-Jonas, 12./13. Aufl., § 707 ZPO Anm. III.

6) Petersen, 2. Bd., 5. Aufl., § 707, Anm. III

7) Reincke, 2. Aufl., a.a.O., S. 613

8) Sydow-Busch-Crantz, 14. Aufl., § 707, Anm. 8

9) Baumbach, 4. Aufl., § 707, Anm. 7

Das wird verständlich, wenn man sich vergewärtigt, daß diese Kommentare von Reichsgerichtsräten und Richtern am Kammergericht herausgegeben wurden, also gerade von solchen Praktikern, die möglicherweise Anteil an dieser Rechtsprechung hatten.

Dies scheint ein interessanter Aspekt dieser Rechtsfortbildung zu sein: durch zustimmende Kommentierung eigener Entscheidungen bildet sich eine herrschende Meinung. Leider verweisen die genannten Autoren zur Begründung auf die Entscheidung der Gerichte bzw. geben deren Begründung wieder, ohne sich mit den ablehnenden Äußerungen auseinanderzusetzen. Letztere sind zugegebenermaßen spärlicher geworden, letztlich wohl weil sich gezeigt hat, daß die vorgebrachten Einwände keinen Einfluß auf die Gerichtspraxis nahmen. Damit hat die Lehre offenbar vor einem zugrundegelegten Bedürfnis kapituliert. Dies wird auch von einigen Autoren zugegeben 1).

Jede Ausdehnung dieser Rechtsprechung innerhalb des § 707 ZPO, oder gar auf andere Vorschriften wurde jedoch argwöhnisch verfolgt, so als das Oberlandesgericht Jena 1926 2) weitergehend als die bisherige Praxis Beschwerde auch deshalb zuließ, weil ein Einzelrichter statt des Kollegiums entschieden hat.

Hier hat Püschel in einer Anmerkung die Bedenken gegen die bisherige Rechtsprechung, ins-

1) Vgl. z.B. Förster-Kann, 3. Aufl. Bd. 2, § 707, Anm. 6

2) OLG Jena, ZZP 51, 86

besondere gegen jeden Versuch ihrer Ausdehnung noch einmal herausgestellt 1).

Abgesehen von den schon von anderen Autoren gebrachten Argumenten, weist er vor allem auf die Folgen einer solchen Rechtsprechung hin. Gehe man nämlich davon aus, daß die Anordnung der Unanfechtbarkeit bei § 707 ZPO nur die Nachprüfung des Ermessens verhindern wolle, so müsse man konsequenterweise Beschwerde auch bei anderen Ermessensentscheidungen, in denen die ZPO Unanfechtbarkeit anordnet, mit der selben Begründung zulassen. Als Beispiele führt Püschel die §§10, 127, 157, 174, 225 ZPO an. Er war noch der Annahme, daß die Praxis selbst solche Ausweitung nicht wolle und auch nicht durchführen werde. Zumindest in diesem Punkt hat sich Püschel geirrt, obwohl eine solche Ausweitung, wie schon eingangs dargelegt, so zwingend nicht war.

Eigene Stellungnahme

Bevor dem allerdings nachgegangen wird, muß zu der dargelegten Entwicklung Stellung genommen werden. Noch ist ja die Frage nicht beantwortet, ob diese Rechtsprechung zu billigen ist und wenn ja, ob daraus irgendwelche Folgerungen für die Beschwerdeerweiterung hergeleitet werden können. Es geht also zunächst darum, Sinn und Zweck der Vorschrift auszu-deuten und nachzuweisen, daß der Wortlaut daran gemessen zu eng oder zu weit gefaßt ist.

1) Püschel, ZZP 51, 89

Das wäre in der Tat dann der Fall, wenn mit der Unanfechtbarkeitsklausel nur die Nachprüfung des Ermessens ausgeschlossen sein sollte. Dieser Ausgangspunkt ist aber nicht zwingend. Er erweckt den Eindruck des erwähnten Zirkelschlusses, den Inhalt der Vorschrift nach dem Zweck und anschließend den Zweck nach dem Inhalt zu bestimmen.

Anders gesagt: aus Abs. 2, Satz 2 des § 707 ZPO geht selbst nicht hervor, daß nur die Ermessensüberprüfung verhindert werden soll, sondern dies wird nur behauptet.

Um den Zweck dieses Absatzes zu erfassen, muß die gesamte Regelung und ihre Stellung im Vollstreckungsrecht gesehen werden. Hierbei ist zu bedenken, daß es sich bei § 707 ZPO um eine einstweilige Anordnung handelt, das heißt, es soll kein endgültiger Zustand hergestellt werden. Mit § 707 ZPO wird der Grundsatz vorläufiger Vollstreckbarkeit für den Fall durchbrochen, daß der Schuldner einen gegen ihn gerichteten Vollstreckungstitel mit einiger Aussicht auf Erfolg angreift 1).

Sobald also das zu vollstreckende Urteil aufgehoben oder bestätigt wird, wird die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung "eo ipso" gegenstandslos: sie bezieht sich nur auf das vorangegangene Urteil. Nach der Absicht des Gesetzgebers war die Einstellung demgemäß auf kurze Zeit angelegt. Diese Absicht wurde aber sehr bald von der Wirklichkeit eingeholt. Durch die immer längere Dauer

1) Zum Ausnahmecharakter dieser Regelung vgl. OLG Köln, "Der Betrieb", 1975, 1699 und allgemein Schönke-Baur, a.a.O. § 12 III, 4 S. 44

der sich anschließenden Prozesse, ist der vorläufige Charakter der Beschlüsse weitgehend verlorengegangen.

Wird etwa einem Wiederaufnahmeantrag stattgegeben, so dauert es oft Jahre, bis der Prozeß zu einem endgültigen Abschluß gekommen ist 1). Hinzu kommt die nicht seltene Praxis der Gerichte, einer rein " handwerksmäßigen und oberflächlichen Einstellung ", die nur faulen Schuldnern und Querulanten dient 2).

Bei dieser Sachlage kann ein Interesse nicht verneint werden, die Entscheidung vor Ablauf des Prozesses zu überprüfen. Nun wurde aber schon angeführt, daß nach herrschender Meinung sowohl das Instanz- als auch während eines laufenden Rechtsmittels das Rechtsmittelgericht den Einstellungsbeschluß auf Antrag abändern kann 3). Diese Ansicht stimmt mit der des historischen Gesetzgebers überein.

Mit aus diesem Grund sah er nämlich eine Anfechtungsmöglichkeit für unzumutbar, weil gar nicht erforderlich an 4).

Vorderhand ist also dem Bedürfnis nach Abhilfemöglichkeit genüge getan. Eine zusätzliche Beschwerdemöglichkeit scheint überflüssig. Hinzu kommt ein weiteres Bedenken; dem Beschluß zu § 707 ZPO folgt ja ein " Nachverfahren " 5), in dem zur Hauptsache verhandelt

1) Zur Prozeßdauer und ihren möglichen Ursachen, vgl. Arens, Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung, a.a.O., S. 30 und 40 ff

2) So Baumbach-Lauterbach, § 707 ZPO, Anm. 2 b

3) statt aller Rosenberg, LB 9. Aufl., § 173 I, 1 c

4) Vgl. Bgr. des Entw. Hahn, Mat. S. 427

5) So Rosenberg, a.a.O., § 173 I, 1 c (S. 893)

wird. Ob man dies nun nachdrücklich fordert 1) oder nicht, die Erfolgsaussichten dieses Hauptverfahrens werden auf die Entscheidungsbildung über den Einstellungsbeschluß wesentlichen Einfluß nehmen.

Daraus ergibt sich zumindest von der tatsächlichen Seite her die Gefahr einer Präjudizierung in der Hauptsache, wenn das Obergericht eine Beschwerdeentscheidung trifft.

Hier ist auch der Ursprung der Ansicht zu sehen, § 707 Abs. 2 S. 2 wolle nur eine Ermessensüberprüfung verhindern. Sie findet eine gewisse Berechtigung darin, daß eben die Erfolgsaussichten des Nachverfahrens Einfluß auf die Ermessensausübung auch des Rechtsmittels hätten. Allerdings begrenzt die Lehre vom Ausschluß der Ermessensüberprüfung die Anfechtbarkeit mehr, als dies die Beschränkung auf präjudizielle Überprüfung täte. Tatsächlich überwiegt hier das Interesse, es bei der Ermessensüberprüfung des befaßten Gerichts zu belassen, weil dieses Gericht schon den nötigen Einblick in den gesamten Prozeßstoff hat.

Gründe, die für die Notwendigkeit

einer Anfechtung sprechen

Was aber macht eine Partei, wenn das Gericht es zuunrecht ablehnt, sein Ermessen überhaupt auszuüben und auch auf Antrag nicht abändern

1) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 707 Anm. 2 b, wohl auch Thomas-Putzo § 707 Anm. 1

will, etwa mit der Begründung, nur bei Vortrag neuer Tatsachen sei eine Abänderung möglich? So beispielshalber, wenn das Instanzgericht die Vollstreckung nicht einstellt, weil es meint, der Einstellungsantrag könne erst nach Vollstreckungseinleitung gestellt werden. Hat das Gericht erst einmal so entschieden, ist kaum zu erwarten, daß es auf einen Abänderungsantrag der unterlegenen Partei hin seine Ansicht ändert. Damit kann aber für eine Partei ein kaum wiedergutzumachender Schaden verbunden sein; insbesondere, wenn es sich um die Pfändung von Bargeld handelt 1). Hier hilft dem Schuldner die Ansicht wenig, daß er die Zwangsvollstreckung richtigerweise nicht hätte abzuwarten brauchen 2). Ebensowenig wird ihn der Hinweis befriedigen, von Rechts wegen hätte das Gericht abändern können. Hier gibt die Beschwerde dem Unterlegenen sicher die größere Chance zu seinem Recht zu kommen. Durch den - wegen §§ 793, 577 Abs. 3 ZPO - zwingenden Devolutiveffekt ist gewährleistet, daß nunmehr das übergeordnete Gericht und damit andere Richter über die Sache entscheiden.

Die Vorteile liegen auf der Hand, sie entsprechen denen jeden Rechtsmittels. Die Richtigkeit der erstinstanzlichen Begründung wird unvoreingenommen und vorurteilslos überprüft.

- 1) Im Anwaltsblatt 77, 209, wird in einem ähnlich gelagerten Fall von einem Schaden von DM 90.000,-- berichtet.
- 2) darauf hat schon R. Schmidt, a.a.O. Bd.2, S. 1043 hingewiesen.

Bessere Einsicht kann zum Zuge kommen. Die Zulassung einer Beschwerde bietet also in jedem Fall eine stärkere Rechtsposition, als die Möglichkeit, einen Antrag auf Abänderung zu stellen.

Das Bedürfnis nach einem Beschwerderecht darf also entgegen der in den Motiven zum Ausdruck gekommenen Ansicht nicht ohne weiteres verneint werden.

Das allein kann aber wohl noch nicht als ausreichender Nachweis für eine notwendige Rechtsfortbildung dienen.

Nach dem Gesagten ist zwar davon auszugehen, daß durch die Regelung des § 707 Abs. 2 S. 2 ZPO auch Fälle betroffen sind, die der damalige Gesetzgeber nicht in Betracht gezogen hat. Andererseits dürfte dies bei sehr vielen Vorschriften der Fall sein, ohne daß damit ihre Gültigkeit eingeschränkt wäre. Hier ist ein Punkt erreicht, bei dem es letztlich nur noch um Wertungen und Abwägung ihrer jeweiligen Gewichtung geht. Man darf sicherlich annehmen, daß solche Wertungen auch bei den Entscheidungen der Gerichte eine wesentliche Rolle gespielt haben, auch wenn in den Gründen nichts zu lesen ist. Letzteres ist wohl mit durch ein Selbstverständnis bestimmt, nach dem der Richter sich auf Gesetzesanwendungen zu beschränken hatte 1). Hier mag auch eine der Ursachen für die anfängliche Ablehnung der Rechtsprechung durch die Lehre liegen. Ihr liegt die Befürchtung zugrunde, eine solche Möglichkeit würde letztlich zu einer unübersichtlichen " Einzelfall-

1) Vgl. dazu Esser, Grundsatz und Norm, a.a.O.
S. 1 ff

regelung " ohne Rückhalt im Gesetz führen 1). Aber, ohne Möglichkeit der Wertung bleibt kodifiziertes Recht statisch. Wenige im Streit befindliche Fälle werden genau auf eine Vorschrift " passen ".

Deshalb enthält Rechtsfindung immer ein Element der Wertung. Dies gilt für die Rechtsfortbildung in verstärktem Maße. Sie ist auf solche Wertungen (z.B. " höherrangiges Recht ") nachgerade angewiesen. Dies entspricht wohl heute der überwiegenden Meinung 2).

Danach ist eben entscheidend, daß die Kriterien der Abwägung einsichtig, vernünftig und damit nachvollziehbar sind 2) 3). Dies muß von Fall zu Fall geprüft werden. Im obigen Beispiel etwa hat sich gezeigt, daß in einem vom Gesetzgeber nicht ins Auge gefaßten Fall dem Vollstreckungsgläubiger (oder - schuldner) erheblicher Schaden entstehen könnte.

Diesen Schaden hätte er zu tragen, obwohl er ausschließlich auf einer fehlerhaften Sachbehandlung des Gerichts beruhte, die zudem ohne jede nachvollziehbare Begründung erfolgte. Ein Rückgriff auf § 839 BGB ist dabei regelmäßig ausgeschlossen: eine vorsätzliche Rechtsbeugung

- 1) In diese Richtung geht neuerdings wieder die Kritik von Roth-Stielow, a.a.O., insbesondere S. 48 ff
- 2) Esser, Grundsatz, S. 242 ff; Larenz (ML), S. 341 ff (360); Engisch, a.a.O. S. 179 ff
- 3) In diesem Lichte verliert dann auch die früher vorgebrachte Kritik an Gewicht, die Unterscheidung von Anfechtbarkeit, solange es um die Voraussetzungen der Vorschrift gehe und Unanfechtbarkeit hinsichtlich der Ermessensausübung, finde weder im Gesetz noch in den Motiven ihre Stütze (vgl. S.35). Diese Aussage ist nur ein Teilaspekt, der im Rahmen solcher Wertung zu berücksichtigen ist.

wird nicht nachzuweisen sein. Damit verliert der Betroffene aber möglicherweise endgültig sein Geld. Demgegenüber ist das Vertrauen des Gegners auf Bestandskraft eines derartigen Beschlusses wenig schutzwürdig, wenn seine Unrichtigkeit evident ist. Auch greifen - wie gezeigt - die Gründe, die die Unanfechtbarkeitsklausel rechtfertigen, dann nicht durch, wenn der Vorderrichter die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht erkannt hat.

Bei derartiger Sachlage ist eine einschränkende Anwendung der Unanfechtbarkeitsklausel ihrer uneingeschränkten Beachtung vorzuziehen. Das Vertrauen in das Recht ist mehr durch eine inhaltlich grob fehlerhafte und eine Partei besonders belastende Entscheidung erschüttert, als durch die Zulässigkeit einer im Gesetz nicht vorgesehenen Richtigstellung. In solchen Fällen evidenter Unrichtigkeit verdient demnach der Gegner ebensowenig Vertrauensschutz wie die Entscheidung selbst Bestandsschutz. Einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit wird am besten dadurch begegnet, daß die Obergerichte ihre Prüfungs- und Wertmaßstäbe offenlegen und dadurch zu rationeller Argumentation gezwungen werden.

Zusammenfassung und Auswertung

Insgesamt wird man sagen können, daß sich eine Einschränkung des § 707, Abs. 2, S. 2 ZPO als Ergebnis teleologischer Reduktion rechtfertigen läßt. Sie ist immer dort angebracht, wo der Vorderrichter die Anwendbarkeit des § 707, Abs. 1 ZPO nicht erkennt, im Vorfeld seiner Prüfung zuunrecht ablehnt oder umgekehrt die Zwangsvollstreckung

ganz oder teilweise ohne gesetzliche Grundlage einstweilen eingestellt hat 1).

Wird der Wortlaut entsprechend eingeschränkt, ist der Weg zu einem Rückgriff auf § 793 ZPO frei. Danach ist grundsätzlich sofortige Beschwerde gegen Beschlüsse innerhalb des Vollstreckungsverfahrens statthaft.

Zwischen § 793 und § 707 Abs. 2 S. 2 ZPO besteht demnach ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Die Zulassung einer sofortigen Beschwerde gegen nicht im Rahmen des § 707 ZPO ergangene Beschlüsse bedeutet eine Rückkehr zur Regel. Die allgemeinen Statthaftigkeitsvorschriften des § 567 ZPO brauchen nicht herangezogen zu werden. Es gelten vielmehr einzig die Voraussetzungen des § 793 ZPO.

Es ist deshalb im Ansatz falsch, wenn einige Autoren im Zusammenhang mit der Statthaftigkeitserweiterung bei § 567 ZPO auf die Rechtsprechung zu § 707 ZPO hinweisen. Aus dieser Rechtsprechung läßt sich für die Notwendigkeit einer Beschwerdeerweiterung bei § 567 ZPO gerade nichts herleiten - ebensowenig wie für § 19 FGG. Dort bedarf es zur teleologischen Reduktion noch eines zusätzlichen Schrittes und somit besonderer Rechtfertigung. Diese kann sich, wie dargelegt, aber ebenfalls nur aus dem konkreten Fall ergeben. Deshalb muß auch hier auf den der Rechtsprechung zugrundeliegenden Sachverhalt zurückgegriffen werden 2).

1) ebenso Teubner, NJW 1974, 301

2) Der Übersichtlichkeit halber werden im Folgenden Entscheidungen zu verschiedenen Vorschriften zusammengefaßt und erst anschließend ihre Berechtigung überprüft.

Die Rechtsprechung zu § 157 ZPO

Entgegen der dargelegten Rechtslage haben die Gerichte, von der einmal gefestigten Rechtsprechung zu § 707 ZPO ausgehend, Beschwerde auch gegen an sich unanfechtbare Ermessensentscheidungen innerhalb des Erkenntnisverfahrens zugelassen.

Die zu § 707 entwickelten Grundsätze sind insbesondere bei Beschlüssen zu § 157 ZPO entsprechend angewandt worden. Dabei ist zu beachten, daß damals, anders als heute, der Ausschluß bestimmter Personen vom Gericht abhing 1). Die in das Ermessen des Gerichts gestellte Entscheidung war unanfechtbar. So jedenfalls sah es das Gesetz vor.

Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Breslau 2) konnte diese Vorschrift jedoch keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen. Seiner Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Das zuständige Amtsgericht hatte Prozeßagenten eines Mieters gemäß § 157 Abs. 1 ZPO von der Verhandlung ausgeschlossen. Der Beschwerdeführer machte zurecht geltend, dieser Ausschluß verstoße gegen § 12 MietSchG, der einen Ausschluß gerade verbiete. Diese Vorschrift war vom Amtsgericht offenbar übersehen worden. Das Landgericht hatte die hierauf gestützte Beschwerde ohne weiteres als unzulässig abgewiesen; der weiteren Beschwerde hat das Oberlandesgericht Breslau stattgegeben. Es hat darauf abgehoben, daß § 157 Abs. 3

1) § 157, Abs. 1 lautete in der damaligen Fassung:
" Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, ausschließen".

2) OLG Breslau HRR 1931, Nr. 49

(heute § 157 Abs. 2 ZPO) an sich die Überprüfung einer Ermessensentscheidung verhindern wolle. Da aber im zu entscheidenden Fall die Zurückweisung nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt, sondern gemäß § 12 MietSchG schlechterdings unzulässig sei, müsse hier die Beschwerde durchgreifen.

Die Anordnung der Unanfechtbarkeit könne nämlich nur Anwendung finden, wenn eine Entscheidung nach § 157 Abs. 1 ZPO überhaupt ergangen sei, andernfalls würde das durch § 12 MietSchG eingeräumte Recht vereitelt 1).

Dieser letztere Gesichtspunkt war wohl ausschlaggebend für diese Entscheidung. Demgegenüber scheint der Hinweis auf die Unanfechtbarkeit wegen Ermessensfehlern nur von untergeordneter Bedeutung. Er stellt nur den Anknüpfungspunkt zur schon bestehenden Rechtsprechung dar. Es ist zu vermuten, daß die Entscheidung auch ohne diesen Rückgriff nicht anders ausgefallen wäre. Damit kommt ihr aber im Hinblick auf die heutige Praxis eine weit größere Bedeutung zu, als dies bei Beschlüssen zu § 707 ZPO der Fall war.

Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Statthaftigkeit der Beschwerde sich nicht - wie etwa bei § 707 ZPO - aus dem Gesetz ergibt. Denn weder ist die Anfechtung ausdrücklich durch § 567 ZPO zugelassen, noch handelt es sich um ein das Verfahren betreffendes Gesuch, sodaß keine der Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen. Diesen Gesichtspunkt hat das Oberlandesgericht Breslau aber gar nicht angeschnitten,

1) ebenso in der Begründung KG, OLGZ 40, 473;
OLG Köln, DRZ 1939, 494

sondern ist stillschweigend von der grundsätzlichen Statthaftigkeit ausgegangen. Das Problem der Statthaftigkeit der Beschwerde taucht also erst hier auf und gilt für alle folgenden Fälle. Unter ihnen ist die Rechtsprechung zu § 281 ZPO ein weiterer Markstein.

Die Anfechtbarkeit von Verweisungsbeschlüssen

gem. § 281 ZPO in der Rechtsprechung 1)

Nach § 281 ZPO kann das angerufene Gericht bei Unzuständigkeit auf Antrag des Klägers an das zuständige Gericht verweisen. Ein solcher Verweisungsbeschuß soll nach § 281 Abs. 2 Satz 1 ZPO unanfechtbar sein. Welche Möglichkeit gibt es aber, wenn der Verweisungsbeschuß "gänzlich außerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt" (so die Formulierung der Rechtsprechung)? Das Problem wird anschaulicher, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Verweisung durch ein ordentliches Gericht an ein Verwaltungsgericht vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung nur durch den BGH möglich war (damals gem. § 84 BVwGG). Eine allgemeine Verweisungsbefugnis der Gerichte, wie sie heute durch § 17 GVG 2) gegeben ist, wird durch § 281 ZPO nicht gewährleistet. Diese Vorschrift meint vielmehr nur Verweisung innerhalb zivilprozessualer Verfahren 3). Im Wesentlichen wurde diese These auch schon

-
- 1) Der durch die Vereinfachungsnovelle vom 3. Dezember 1976 eingeführte § 281 ZPO stimmt wörtlich mit dem früheren § 276 ZPO überein. Da sich die Gesetzeslage in diesem Bereich auch im übrigen nicht geändert hat, dürfte die zu § 276 ZPO ergangene Rpsr. auch zu § 281 ZPO Gültigkeit beanspruchen.
 - 2) Die jetzige Form des § 17 GVG ist erst seit 1960 inkraft.
 - 3) Vgl. statt aller Thomas-Putzo, § 281 Anm. 1 b

früher vertreten 1). Nur Gaupp-Stein 2) waren der Ansicht, daß § 505 CPO (heute § 281 ZPO) auch eine Verweisung an die Sondergerichte, insbesondere an Gewerbe-Kaufmannsgerichte, ermögliche. Auf diese Mindermeinung stützte sich offenbar das Amtsgericht Hof, als es sich in einer Sache für unzuständig erklärte und sie auf Antrag an das Gewerbegericht weiterverwies.

Diesen Beschluß hat das Landgericht Hof 3), bestätigt vom Oberlandesgericht Bamberg 4), trotz grundsätzlicher Unanfechtbarkeit (damals gem. § 505, Abs. 2 CPO) aufgehoben. Zunächst wurde die Möglichkeit einer Verweisung unter Hinweis auf die Begründung der Novelle von 1909 verneint. Von da aus wird dann die Statthaftigkeit der Beschwerde begründet:

" Ist aber der Beschluß des königlichen Amtsgerichts Hof, wie oben angeführt, unter Überschreitung der, den Amtsgerichten durch § 505, Abs. 1 ZPO verliehenen Macht zustandegekommen, so kann derselbe zweifellos trotz der Bestimmung des § 505, Abs. 2 ZPO und trotz der Fassung des § 567 ZPO mit der Beschwerde angefochten werden, weil es mit den Aufgaben einer geordneten Rechtspflege unvereinbar ist, einen gesetzwidrigen Beschluß bestehen zu lassen, derselbe vielmehr in freier Handhabung des Gesetzes beseitigt werden muß 5) ".

Diesen Ausführungen hat sich das Oberlandesgericht Bamberg, a.a.O. ausdrücklich angeschlossen und hinzugefügt, daß der Gesetzgeber bei Fest-

1) Vgl. z.B. Hellwig, System, a.a.O., S. 136;
Seuffert, ZZP 40, 169 ff (184)

2) Vgl. Gaupp-Stein, 10. Aufl., § 505 Anm. 1 b

3) LG Hof, JW 1910, 597

4) OLG Bamberg, JW 1910, 688

5) LG Hof, a.a.O.

legung der Unanfechtbarkeit an Fälle, wie den vorliegenden nicht gedacht habe 1). Noch weitergehend führt das Landgericht Leipzig 2) aus, ein solcher Verweisungsbeschluß sei schlechthin nichtig und müsse deshalb auch anfechtbar sein.

Alle drei Gerichte hielten für maßgebend, daß das Untergericht seine Macht überschritten habe. Von dieser Aussage wurde die Anfechtbarkeit abgeleitet. Bedenklich ist allerdings die pauschale Feststellung, daß es mit den Aufgaben einer geordneten Rechtspflege unvereinbar sei, einen gesetzwidrigen Beschluß bestehen zu lassen 3):

Mit dieser Begründung wäre Beschwerde fast schrankenlos zulässig, wogegen die Vorschrift des § 281 Abs. 2 ZPO gerade das Gegenteil bezweckt, nämlich auch unrichtige Beschlüsse aufrechtzuerhalten 4). Aus diesem Grunde haben dann auch einige Oberlandesgerichte die Beschwerde gegen Verweisungsbeschlüsse als grundsätzlich unzulässig zurückgewiesen 5).

Im Endergebnis hat sich aber die Gegenmeinung - mit gewissen Einschränkungen - durchgesetzt. So hat auch das Reichsgericht, schon wesentlich vorsichtiger in der Formulierung der Ausnahmen, Beschwerde entgegen § 281, Abs. 2 ZPO (dem früheren § 276, Abs. 2 ZPO) zugelassen. Nach ihm ist die Voraussetzung der Unanfechtbarkeit, daß die Entscheidung im Rahmen des § 281, Abs. 1 ZPO ergangen ist. Sobald es aber einem Verweisungsbeschluß an der gesetzlichen Grundlage fehle, könne ihm auch keine

1) OLG Bamberg, a.a.O.; vgl. KG OLG 25, 118

2) LG Leipzig, JW 1910, 727

3) Diese Auffassung hat das RG in JW 36, 867 ausdrücklich verworfen.

4) So z.B. RGZ 379 (384)

5) Vgl. OLG München, JW 1910, 869; OLG Köln, JW 1911, 125

bindende Wirkung im Sinne des Absatz 2 zukommen. Damit sei der Weg für die Anfechtung offen 1). Mit der dabei gewählten Formulierung war der Grundstein der heutigen Rechtsprechung, und zwar nicht nur zu § 281 ZPO, gelegt.

In der Folgezeit setzten sich die Gerichte dann nur noch mit der Frage auseinander, wann ein Verweisungsbeschuß " schlechterdings nicht mehr im gesetzlichen Rahmen " getroffen ist. Hierzu gibt es eine reichhaltige Kasuistik.

Das Kammergericht ist der Ansicht 2), dies sei nur dann der Fall, wenn für den Fall eines derartigen Beschlusses überhaupt keine Möglichkeit gegeben war, insbesondere im Falle der Verweisung an ein Oberlandesgericht als Gericht erster Instanz 3), an ein Sondergericht 4) und dergleichen. Solange aber an und für sich eine Verweisung möglich und denkbar sei - nur im konkreten Fall unzulässig - habe es bei der Unanfechtbarkeit sein Bewenden.

Dem Landgericht Tübingen lag ein Fall vor, in dem ein Amtsgericht in der Hauptsache selbst schon entschieden hatte, die Entscheidung über die Kosten aber abgelehnt und zur Entscheidung gemäß § 281 ZPO an das Landgericht verwiesen hat (es ging

- 1) RGZ 119, 379
- 2) KG, JW 1929, 869
- 3) Dieses Beispiel ist bis heute in den Lehrbüchern zu finden, obwohl es reichlich theoretisch erscheint.
- 4) Durch die Einführung des § 17 GVG hat die Frage schlechterdings unzulässiger Verweisungsbeschlüsse an Bedeutung verloren. Ganz hinfällig ist sie allerdings nicht geworden.

um die Kosten eines Zahlungsbefehls). Hier hat das Landgericht Tübingen 1) in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung Beschwerde zugelassen, weil die gesetzliche Möglichkeit einer solchen Verweisung nicht gegeben sei. Die Oberlandesgerichte München 2) und Saarbrücken 3) haben Beschwerde gegen einen Beschluß zu § 11 i.V.m. § 18 DVOzEheG zugelassen, weil das Vordergericht (Prozeßgericht) die Sache an den Hausratsrichter weiterverwiesen hatte, ohne daß die Parteien je eine künftige Regelung des Rechtsverhältnisses an der Ehewohnung wollten. Genau das aber wäre die Voraussetzung einer solchen Verweisung gewesen.

Noch weitergehend soll nach Oberlandesgericht Oldenburg 4) Beschwerde auch dann statthaft sein, " wenn der grundlegende Ausgangspunkt der Verweisung ", nämlich die Unzuständigkeit des verweisenden Gerichts, gar nicht gegeben sei. Das Gericht hat das Ergebnis auf eine grundrechtskonforme Auslegung gestützt. Art. 101 GG verbiete nämlich, mit Hilfe des § 281, Abs. 2 ZPO, zu einer willkürlichen Verschiebung der Zuständigkeit zu kommen.

Ob mit der letztzitierten Entscheidung allerdings nicht die Grenzen des Möglichen überschritten sind, erscheint zweifelhaft 5). Immerhin hatte der BGH schon in einer davorliegenden Entscheidung 6) klargestellt, daß etwa verfahrenswidrig

1) LG Tübingen, MDR 1958, 926

2) OLG München, Bay JMB1 1956, 91

3) OLG Saarbrücken, NJW 1967, 1616

4) OLG Oldenburg, MDR 1957, 366

5) In einem ähnlichen Fall hat deshalb das LG Düsseldorf (MDR 57, 621) die Beschwerde als unstatthaft zurückgewiesen.

6) BGHZ 1, 341, BGHZ 2, 278; grundlegend BGHZ 28, 349 = NJW 59, 436

ergangene Verweisungsbeschlüsse unanfechtbar bleiben müssen.

Diese Leitlinie ist in der Spruchpraxis einiger Oberlandesgerichte nicht immer befolgt worden 1). Damit ist aber eine allgemeine Problematik angesprochen, die noch genauer zu untersuchen ist. Hier soll nur kurz auf die Begründung des Bundesgerichtshofs eingegangen werden. Das Gericht hebt nämlich auch in seiner Zurückweisung nicht einfach auf den Wortlaut der Vorschrift, sondern auf ihren Zweck ab: § 281, Abs. 2 ZPO wolle Zuständigkeitsstreitigkeiten abschneiden, weil sie die Prozesse nur verzögern, ohne sie in der Sache zu fördern 2).

Das Wesen der Vorschrift sei demnach gerade sachlich unrichtige bzw. fehlerhaft zustandegekommene Beschlüsse zu decken. Erst wo der gesetzliche Rahmen verlassen sei, müsse Beschwerde statthaft sein. Insoweit billigt der Bundesgerichtshof ausdrücklich die Rechtsprechung der Untergerichte zu § 281 ZPO und überhaupt zur Beschwerdeerweiterung 3).

Zusammenfassend kann man sagen, daß sich auch bei § 281 ZPO die Rechtsprechung von Fall zu Fall entwickelt hat. Ausgangspunkt waren Verweisungsbeschlüsse von einem ordentlichen Gericht an ein Sondergericht. Nach überwiegender Auffassung lagen diese Beschlüsse außerhalb des gesetzlichen Rahmens und waren damit auch nicht bindend. Daraus schlossen die Gerichte, die Unanfechtbarkeitsklausel sei ebenfalls nicht anwendbar,

1) Vgl. z.B. OLG Frankfurt/M, NJW 1962, 449

2) ebenso schon RGZ 108, 198 (200)

3) Vgl. noch BGH, NJW 1964, 1418; ebenso OLG Frankfurt/M, MDR 1955, 47

die Beschwerde müsse deshalb statthaft sein. Eine Auseinandersetzung mit den Statthaftigkeitsvoraussetzungen bei § 567 ZPO ist nicht erfolgt. In neuerer Zeit wird einfach auf eine feststehende Rechtsprechung zu § 567 ZPO verwiesen.

Die Rechtsprechung zu im Gesetz nicht vorge-

sehenen Verfahren und inkorrekten Entscheidungen

Schließlich sind noch zwei miteinander zusammenhängende Fallgruppen anzuführen.

In der einen geht es darum, daß ein Gericht nach einem völlig außerhalb der Möglichkeiten der ZPO liegenden Verfahren einen Beschluß erließ. Bei der anderen war zwar das Verfahren in Ordnung, die Entscheidungsform entsprach aber nicht den gesetzlichen Vorschriften und eine Partei verlor dadurch wegen der Fassung des § 567 ZPO ein Rechtsmittel.

Ein beispielhafter Sachverhalt für die erste Gruppe lag der Entscheidung des Bayrischen Obersten Landesgerichts zugrunde 1). Die Parteien hatten in einer Mietsache vergleichsweise vereinbart, daß bei einem Streit über die Angemessenheit einer - anzubietenden - Ersatzwohnung ein bestimmtes Amtsgericht die Frage der Angemessenheit entscheiden sollte.

Als der Streitfall eintrat, hat das bestimmte Amtsgericht verhandelt und durch Beschluß entschieden.

Der weiteren Beschwerde der unterlegenen Partei hat das Bayrische Oberste Landesgericht stattgegeben. Es hat darauf abgehoben, daß ein derartiges Verfahren im Gesetz nicht vorgesehen sei und damit auch der Entscheidung jede Grundlage

1) Bay ObLG, ZZP 64, 306 ff

fehle. Es sei unmöglich, durch einen Vergleich eine gerichtliche Zuständigkeit zu schaffen, die in der ZPO nirgends vorgesehen sei. Komme es gleichwohl in einem solchen " Verfahren " zu einem Beschluß, so dürfe dieser nicht zum Schaden einer Partei Bestand halten. Das zulässige Rechtsmittel sei in einem solchen Fall die Beschwerde. Derselben Ansicht war schon das Oberlandesgericht Stuttgart in einem ebenfalls instruktiven Fall 1).

Hier hatte das Vordergericht einem an diesem Prozeß völlig unbeteiligten Anwalt die Kosten des Rechtsstreites auferlegt. Damit entbehrte der Beschluß aber jeder Grundlage, auch wenn damals die Auferlegung von Kosten auf einen Rechtsanwalt grundsätzlich möglich war 2). Das Oberlandesgericht Stuttgart hat demgemäß Beschwerde zugelassen und ihr stattgegeben.

Schließlich sei noch das Beispiel einer formfehlerhaft ergangenen Entscheidung wiedergegeben. Ein Landgericht hatte ein Versäumnisurteil erlassen. Die säumige Partei erhob Einspruch mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Einspruchsfrist. Das Landgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag durch Beschluß zurückgewiesen. Das aber war im Hinblick

- 1) OLG Stuttgart, JW 33, 1781
- 2) Diese Möglichkeit eröffnete der durch Gesetz vom 27.11.1964 aufgehobene § 102 ZPO (vgl. BGBI. I, 933)
- 3) Eine vergleichbare Problematik lag dem Beschluß des OLG Oldenburg (Nds. Rpfl. 65, 82) zugrunde. Dort hatte das LG einer Partei, die schuldhaft einen Anhörungstermin versäumt hatte durch Beschluß die Kosten der Säumnis auferlegt. Eine solche Möglichkeit war in der ZPO nicht vorgesehen. Ähnlich auch OLG Hamm, NJW 75, 1711 mit sehr eingehender Begründung zum Begriff der Rechtsfremdheit.

auf §§ 238, Abs. 2, 128, Abs. 1 i.V.m. § 341 ZPO falsch. Richtigerweise hätte ein mit Berufung anfechtbares Urteil ergehen müssen. Das Kammergericht hat die gegen den Beschluß eingelegte Beschwerde zugelassen und angeführt, daß durch den "gesetzwidrigen Weg" des Gerichtes kein Nachteil entstehen darf 2). Da die Entscheidung tatsächlich in Beschlußform ergangen sei, sei die Beschwerde das gegebene und zulässige Rechtsmittel.

Dieser Grundsatz gelte immer dann, wenn gegen die korrekte Entscheidung ein Rechtsmittel gegeben wäre.

Der Gedanke ist also ebenfalls, eine Rechtsvereitelung zu verhindern, nicht einer Partei einen zusätzlichen Vorteil zu verschaffen 3).

Beachtenswerterweise wird in keiner der angeführten Entscheidungen das Problem einer Statthaftigkeitserweiterung angesprochen. Entweder wird von einer feststehenden Rechtsprechung ausgegangen, oder von einer notwendigen Einengung der Unanfechtbarkeitsklausel gesprochen. Als einziges Gericht hat das Oberlandesgericht Stuttgart einmal in den Gründen beiläufig von einer Gesetzeslücke bei § 567 ZPO gesprochen, die es mit einer außerordentlichen Beschwerde auszufüllen gelte 4). Eine nähere Begründung hierfür hat das Oberlandesgericht Stuttgart allerdings auch nicht gegeben. Sie soll im Folgenden versucht werden.

1) KG, NJW 1967, 1685

2) Ähnlich in dem von Schönke (vgl. Stein-Jonas-Schönke, 17. Aufl., § 276, Anm. 4 gebildeten Fall, daß ein Gericht sich durch Beschluß für unzuständig erklärt, ohne gleichzeitig zu verweisen.

3) Ebenso etwa BGH JR 1966, 67, allerdings in Anwendung des Meistbegünstigungsgrundsatzes, vgl. dazu unten

4) OLG Stuttgart, ZZP 69, 1113 ff

Teleologische Reduktion als Ausgangspunkt

der Beschwerdeerweiterung

Wie schon angedeutet ist hierfür in der Mehrzahl der Fälle eine doppelte Argumentation erforderlich 1). Zunächst muß festgestellt werden, was der jeweilige Zweck einer Unanfechtbarkeitsklausel ist, und welche unrichtigen Entscheidungen sie ihrem Zweck nach noch deckt (Frage der teleologischen Reduktion). Das war auch der durchaus zutreffende Ausgangspunkt der meisten früheren Entscheidungen. Mit der einschränkenden Auslegung einer Unanfechtbarkeitsklausel ist aber noch nicht eine Beschwerdemöglichkeit eröffnet. Diese muß vielmehr erst in einem weiteren Schritt nachgewiesen werden. Beide einander ergänzenden Aspekte sind deshalb zu untersuchen.

Die Stellungnahme der Literatur

Bei der Frage nach Sinn und Zweck des § 157 Abs. 3 ZPO ist die ältere Literatur wenig hilfreich. Diese hatte vor Erlaß der ersten, vom Gesetzeswortlaut abweichenden Entscheidung, auch keine Veranlassung, die Unanfechtbarkeitsklausel des § 157 ZPO einer Einschränkung zu unterwerfen 2). Aber auch nachdem die Entscheidung des Oberlandesgerichts Breslau veröffentlicht

1) Das ist nur da nicht erforderlich, wo die Entscheidung außerhalb eines gesetzlichen Verfahrens ergangen ist: hier fehlt ja jede Bestimmung.

2) Vgl. Seuffert, 11. Aufl., § 157, Anm. 4; Reincke-Wienstein, 6. Aufl., § 157, Anm. III; Püschel, ZZP 51, 88, der sich für eine unterschiedslose Behandlung all dieser Beschlüsse aussprach.

war, hielt z.B. Jonas 1) an der ausnahmslosen Unanfechtbarkeit solcher Beschlüsse fest. Er schreibt bündig, Beschlüsse nach § 157 ZPO unterlägen auch dann nicht der Anfechtung, wenn es sich um eine Frage der gesetzlichen Voraussetzungen handle. Die anderslautende Rechtsprechung wird von ihm ohne nähere Begründung abgelehnt. Im übrigen sieht er keinen Zusammenhang mit der Rechtsprechung zu § 707 ZPO, die in derselben Auflage des Kommentars kritiklos wiedergegeben wird 2).

Demgegenüber haben sich wiederum die von Praktikern herausgegebenen Kommentare frühzeitig der Ansicht des Oberlandesgerichts Breslau angeschlossen. Sowohl Sydow-Busch-Crantz 3), als auch Walsmann 4) und Baumbach 5) hielten eine Anfechtung entgegen dem Gesetzeswortlaut für zulässig. Aber auch hier gibt nur Baumbach eine kurze Begründung ab: Das Gesetz habe durch § 157, Abs. 3 ZPO nicht Willkür sichern wollen, vielmehr sei Beschwerde immer dann zuzulassen, wenn ein Fall des § 157 ZPO gar nicht vorliege 5). Im Endergebnis hat sich auch hier die Praxis durchgesetzt, auch wenn zu berücksichtigen ist, daß bei weitem nicht so viele Entscheidungen vorliegen, wie im Falle des § 707 ZPO. Dazu mag mittelbar die Frage der Statthaftigkeit des Rechtsmittels beigetragen haben. Insgesamt macht die

1) Jonas, a.a.O., 16/17 Aufl. § 157 Anm. IV

2) Jonas, a.a.O. § 707, Anm. III

3) Sydow-Busch-Crantz, § 157, Anm. 10 (anders allerdings wieder in der von Triebel bearbeiteten folgenden Auflage. Dort bleibt die Repr. unerwähnt).

4) Seuffert-Walsmann, 12. Aufl., § 157, Anm. 4

5) Baumbach, 4. Aufl., § 157, Anm. 5

Lehre heute keine Bedenken mehr gegen die Anfechtbarkeit von nicht gemäß § 157 Abs. 1 ZPO ergangenen Entscheidungen geltend 1).

Eigene Stellungnahme

Der von Baumbach angeführte Gesichtspunkt ist wohl auch ausschlaggebend bei der Abwägung der Interessen. Dabei kann letztlich dahingestellt bleiben, ob durch § 157 Abs. 2, S. 2 ZPO die Ermessensüberprüfung ausgeschlossen werden sollte, oder ob der Vorschrift prozeßökonomische Überlegungen 2) zugrundeliegen. In jedem Fall wäre etwa der Ausschluß eines Rechtsanwaltes (Prozeßagenten in Mietsachen) durch § 157 ZPO nicht mehr gedeckt. Solche Beschlüsse würden, wie das Oberlandesgericht Dresden zurecht betont, ein materielles Recht veriteln. Durch die Bestandskraft eines solchen Beschlusses würde von Gerichts wegen festgestellt, was von Gesetzes wegen gerade ausgeschlossen war. So hatte § 12 MietSchG gerade den Zweck, einen Beschluß nach § 157 ZPO zu verhindern. Wiegt bei dieser Fragestellung Prozeßökonomie und Rechtssicherheit so schwer, daß die sich ergebenden Bedenken zurückgestellt werden können ?

Was die Prozeßökonomie anbelangt, so soll sie ein einfaches, reibungsloses und damit schnelles Verfahren gewährleisten. Dagegen kann sie nicht Selbstzweck sein: Beschleunigung nur um der Eile Willen ist kein Prozeßziel 3). Ziel und Zweck des Prozesses bleibt vielmehr die Sicherheit und

1) Statt vieler, Wieczorek, Bd. I, Teil 12, § 157, Anm. D III

2) So z.B. KG, JW 1927, 400 und OLG III, OLGZ 25, 69

3) Vgl. E. Schmidt, S. 7 ff und S. 17 ff

Durchsetzung des materiellen Rechtes 1)).

Demnach kann es zwar gerechtfertigt sein, Beschlüsse, deren Überprüfung einen Prozeß nur aufhalten würden, ohne ihn in der Sache weiterzubringen, für unanfechtbar zu erklären. Anders sieht die Wertung aber dann aus, wenn eine materielle oder prozessuale Schutznorm zum Nachteil einer Partei vereitelt wird. Wird beispielsweise ein Prozeßvertreter von der Verhandlung völlig ausgeschlossen, ist selbstverständlich auch die - regelmäßig prozeßunkundige - Partei benachteiligt 2)). Andernfalls hätten die ganzen Vorschriften zur Prozeßvertretung einschließlich § 12 MietSchG wenig Sinn. Hier kann die Aussicht auf ein schnelles Urteil nicht der ausschlaggebende Gesichtspunkt sein.

Aber auch die Rechtssicherheit vermag die Aufrechterhaltung einer evident falschen Entscheidung nicht zu rechtfertigen.

Hierfür spricht zunächst, daß es nicht darum geht, den Rechtsstreit selbst uferlos fortzuführen und damit die Parteien jahrelang über die Rechtslage im Unklaren zu lassen. Vielmehr handelt es sich um solche Nebenentscheidungen, die auf den Prozeßausgang durchaus Einfluß haben können, deren Richtigkeit aber regelmäßig schnell nachprüfbar ist. Dies gilt um so mehr, als nur völlig aus dem gesetzlichen Rahmen fallende Beschlüsse zur Diskussion stehen, deren Überprüfung keine Schwierigkeiten bereitet.

1) Vgl. E. Schmidt, a.a.O., S. 7 ff u. S. 17 ff

2) Das übersieht m.E. das KG (JW 1927, 400), wenn es ausführt, ein Rechtsmittel sei bei § 157 schon deshalb nicht erforderlich, weil hieran mehr der ausgeschlossene Bevollmächtigte, als die Partei selbst interessiert sei.

In diesem Zusammenhang fällt eine weitere Überlegung ins Gewicht. Überwiegend wird nämlich noch gelehrt, daß Urteile nichtig seien, die ihrem Inhalt oder ihrer Art nach dem Gesetz fremd sind 1). Das wird damit begründet, daß sich richterliche Tätigkeit innerhalb der bestehenden Rechtsordnung zu halten habe 2). Ist diese Ansicht richtig, so müßte sie für gesetzesfremde Beschlüsse genauso gelten, da insoweit der Ausgangspunkt der Überlegung derselbe ist. Auch das könnte für die Anfechtbarkeit eines solchen Beschlusses sprechen. Hierbei ergibt sich dann allerdings eine entscheidende Schwierigkeit, nämlich die, wer feststellen soll, was rechtsfremd und damit wirkungslos ist und was nur der Rechtsfortbildung dient. Jauernig verneint daher in diesen Fällen überhaupt die Möglichkeit einer wirkungslosen Entscheidung 3). Sein Haupteinwand ist, die herrschende Meinung verkenne die Aufgabe des Richters " das anzuwendende Recht, seine Grenzen und seinen Inhalt bindend festzustellen " 4). Der Richter habe nicht nur Recht anzuwenden, sondern auch Recht zu schöpfen.

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen 5). Eindeutige Merkmale dafür, was rechtsfremd ist, lassen sich - zumindest in vielen Grenzfällen - nicht angeben. Überwiegend handelt es sich hierbei nämlich um Wertungsfragen und Interessenabwägungen.

- 1) Vgl. Rosenberg-Schwab, a.a.O. § 61, IV, 2;
Thomas-Putzo, Vorbem. III b vor § 300; Baum-
bach-Lauterbach, Bem. 3 D vor § 300
- 2) Vgl. Stein, Grundlagen, a.a.O., S. 176 ff
- 3) Jauernig, a.a.O., S. 176 ff
- 4) Jauernig, a.a.O., S. 181
- 5) Vgl. oben S. 11 ff

Dies verkennt auch die Lehre von den wirkungslosen Entscheidungen nicht. Ihr liegt nur die ebenfalls bedenkenswerte Überlegung zugrunde, daß die Vorhersehbarkeit einer Entscheidung und damit die Rechtssicherheit unerträglich beeinträchtigt würde, wenn dem Richter bei der Rechtschöpfung keinerlei Grenzen gesetzt würden. Gerade in den zu untersuchenden Fällen bedeutet der Richterspruch eine glatte Umgehung eines (Schutz-) Gesetzes. An das Gesetz aber ist der Richter zunächst und in erster Linie gemäß Art. 1, Abs. 3 GG gebunden. Selbst wenn man daraus den Schluß der Wirkungslosigkeit noch nicht ziehen kann und will, erscheint es wünschenswert, derart dem Gesetz widersprechende Entscheidungen durch ein übergeordnetes Gericht nachprüfen zu lassen. Schon aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit sollte die Aufgabe der Rechtsfortbildung bei den Instanzgerichten liegen. Dieser Gesichtspunkt spricht an sich für die Zulassung eines Rechtsmittels.

Außerdem wäre es falsch zu meinen, nach der ZPO seien nur die Belange der Parteien zu berücksichtigen 1). Vielmehr anerkennt auch die ZPO einen möglichen Schutzanspruch von am Prozeß nur mittelbar beteiligten Personen 2). Diese haben also nicht etwa von vornherein weniger Recht und sind weniger schutzwürdig. Es ist nicht einzusehen, warum ein unzulässigerweise ausgeschlossener Rechtsanwalt keine eigenen Rechte geltend machen können soll. Die Vereitelung seiner Rechte

1) Dies klingt unterschwellig bei der Entscheidung des KG in JW 1927, 400 an.

2) Vgl. etwa §§ 380, Abs. 3; 387, Abs. 3

kann weder die Absicht des Gesetzgebers noch der Zweck des § 157 ZPO sein. Zieht in solchen Ausnahmefällen ein Beschluß auch noch einen irreparablen Schaden nach sich, so würde sein unbedingter Bestand der Rechtssicherheit mehr schaden als nützen.

Nach alledem ist ein erhebliches Bedürfnis nach gerichtlicher Nachprüfung zu bejahen. Die Frage ist lediglich noch, ob hierzu weniger problematische Möglichkeiten als die Erweiterung einer Rechtsmittelstatthaftigkeit gegeben sind. Hier bietet sich in erster Linie die ebenfalls von der Praxis entwickelte Gegenvorstellung an 1). Dieser Rechtsbehelf soll da eingreifen, wo Beschwerde nicht, oder nicht mehr zulässig ist 1), also insbesondere bei unanfechtbaren Entscheidungen. Er hat nur einen Nachteil: es fehlt ihm der Devolutiveffekt und das Erstgericht kann nicht gezwungen werden, seinen ursprünglichen Beschluß abzuändern.

Daß dies ein entscheidender Mangel ist, zeigen die untersuchten Fälle: Weder hat je das Erstgericht von seiner Abhilfemöglichkeit (vgl. § 571 ZPO) Gebrauch gemacht, noch - falls es eine Beschwerde als unstatthaft angesehen hätte - diese in eine Gegenvorstellung umgedeutet 2) und abgeändert. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Gericht seinen Beschluß nach wie vor für richtig hielt, oder meinte, es dürfe ihn aus prozessualen Gründen nicht mehr abändern. Beide Alternativen sind für den Betroffenen gleich unbefriedigend. Hier gilt das schon zu -----

1) Vgl. Thomas-Putzo, Vorbem. III, 2 vor § 567; Zöller-Karch, § 567, Anm. 1 a

2) Der Rechtsbehelf der Gegenvorstellung war schon früh anerkannt worden, vgl. z.B. OLG Naumburg JW 1926, 1609. Die Gerichte hätten also zumindest eine entsprechende Anregung geben können.

§ 707 ZPO Gesagte entsprechend. Die Eröffnung des Instanzenzuges bietet immer einen größeren Rechtsschutz. Sie beeinträchtigt den Rechtsfrieden in Fällen offenkundiger Unrichtigkeit weniger als ein Festhalten am Falschen.

Damit ist allerdings schon ein weiterer Schritt getan. Zunächst ging es nur darum, Sinn und Zweck des § 157 Abs. 2 S. 2 ZPO auszudeuten und einzugrenzen. Nunmehr wurde der Rechtsbehelf der Gegenvorstellung als nicht ausreichend erachtet, womit im Grunde das Bedürfnis nach einem Rechtsmittel bejaht ist. Es ist aber noch nichts darüber gesagt, wie es um die Statthaftigkeit der Beschwerde bestellt ist. Jedenfalls ergibt sich aus dem Wortlaut des § 567 ZPO kein Beschwerderecht. Denkbar wäre auch, die Überprüfung der Entscheidung - entgegen § 512 ZPO - in der Berufungsinstanz für zulässig zu erklären.

Den Beteiligten wäre damit jedoch nur wenig geholfen. Sie müßten möglicherweise Jahre warten, bis ein Berufungsgericht die Fehlerhaftigkeit eines Beschlusses feststellt, ohne in der Sache weiterzukommen. Diese Lösung wäre also wenig sachgerecht.

Grundsätzlich ist das gegebene Rechtsmittel gegen Nebenentscheidungen - zumal in Beschlußform - die Beschwerde 1). Hier hieße es in der Tat jemand Steine statt Brot zu geben, wenn man einen Beschluß zwar nicht für unanfechtbar, aber auch nicht für mit dem sonst gegebenen Rechtsmittel anfechtbar erklärte.

Man kann auch nicht behaupten, durch die Einschränkung der Unanfechtbarkeit sei die Anfechtung insoweit gemäß § 567 Absatz 1 ZPO aus-

1) Vgl. oben S. 20 ff

drücklich zugelassen. Vielmehr ist die Lösung nur über eine Ausweitung der gesetzlichen Beschwerdemöglichkeiten denkbar. Bejaht man die Notwendigkeit einer beschleunigten Überprüfung, so ist dies die zwangsläufige Folge. Den Bedenken gegen eine übermäßige Ausweitung der gesetzlichen Statthaftigkeitsvoraussetzungen ist insoweit begegnet, als für ihre Zulassung immer eine Darlegung des besonderen Ausnahmefalles gefordert wird. Dies wurde versucht für einige Fallgestaltungen zu § 157 ZPO nachzuweisen. Damit ist zwar die gesamte Gerichtspraxis zu § 567 ZPO noch nicht gerechtfertigt. Sie hat sich aber immerhin auf einem Teilgebiet bestätigt und die dabei tragenden Gesichtspunkte können auch als Prüfstein bei den folgenden Überlegungen dienen.

Die Beschwerdeerweiterung bei § 281 ZPO -----

Für die Rechtsprechung zu § 281 Abs. 2 ZPO bedeutet das zunächst, auch hier nach dem Zweck der Unanfechtbarkeitsklausel und der zugrundeliegenden Interessenlage zu fragen.

Dabei ist die "Geschichte" der Vorschrift aufschlußreich. In der ursprünglichen Fassung der "CPO" gab es für das Verfahren vor dem Landgericht und vor dem Amtsgericht zwei verschiedene Verweisungsvorschriften (§ 276 und § 505 CPO). Erheblich ist nun, daß die zunächst wesentlich gleichlautenden Vorschriften durch mehrere Novellierungen inhaltlich und verfahrensrechtlich verschieden ausgestaltet wurden 1). Die hier interessierende, wichtigste Neuerung war, daß die Verweisung durch das Amtsgericht seit der

1) Zur Entwicklung vgl. Seuffert, ZZP 40, 165 ff

Novelle vom 1.6.1909 1) durch unanfechtbaren Beschluß erging (vorher anfechtbares Urteil), während im landgerichtlichen Verfahren Verweisung weiterhin durch - anfechtbares - Urteil zu erfolgen hatte. Diese Ungleichbehandlung trug im Keim schon Konfliktstoff in sich. Es ist deshalb zumindest verständlich, wenn schon sehr bald Gerichte meinten, die Unanfechtbarkeit könne nicht ohne jede Einschränkung gelten. Dies allerdings gegen den anhaltenden Widerstand der Literatur, die sich vorwiegend auf den Wortlaut berief.

Die Stellungnahme der Lehre im Einzelnen

Nicht verwunderlich ist dabei, daß Seuffert in seinem grundlegenden Aufsatz zur Verweisung 2), noch von der ausnahmslosen Unanfechtbarkeit eines nach § 505 ZPO ergangenen Beschlusses ausging. Seine Veröffentlichung erfolgte erst kurz nach Inkrafttreten der geänderten Fassung, und die Rechtslehre hatte keinen Anlaß von diesem Grundsatz abzuweichen. Sie änderte ihre Auffassung jedoch auch nicht, als in der Rechtsprechung die ersten Sachverhalte auftauchten, bei denen eine Beschwerde für statthaft gehalten wurde.

So lehnte Stein 3) die Entscheidung des Oberlandesgerichts Bamberg 4) - die wohl als erste die Anfechtung zuließ - mit der Begründung ab, jede Beschränkung der Unanfechtbarkeit heiße die Absicht wie den Wortlaut des Gesetzes grundlegend

1) RGBI 1909, S. 475 ff

2) Seuffert, ZZP 40, 169 (197), ebenso in der 11. Aufl. seines Kommentars zu § 505, Anm. 2

3) Gaupp-Stein, 1. Bd., 10. Aufl. § 505 Anm. IV

4) OLG Bamberg, JW 1910, 688

zu verkennen. Diese Ansicht darf man wohl als die lange Zeit in der Prozeßliteratur herrschende bezeichnen 1).

Daran ändert sich auch nichts nach der Verordnung vom 13.2.1924 2), durch die § 505 ZPO gestrichen und mit § 276 ZPO vereinigt wurde. Noch 1938 schreibt Schönke 3), der Verweisungsbeschluß binde selbst dann, wenn er zuunrecht erlassen sei, und Sydow-Busch 4) betonen ausdrücklich, die Anfechtung sei auch in der Hinsicht ausgeschlossen, ob ein Fall des § 276 ZPO überhaupt vorliege.

In der Entscheidungsanmerkung des Oberlandesgerichts Bamberg 5) meint schließlich Tuma 6), § 505 (jetzt § 281 Abs. 2 S. 1 ZPO) könne bei der zugrundeliegenden Fehlentscheidung nicht zur Anwendung kommen, Beschwerde sei aber wegen der Fassung des § 567 ZPO ebenfalls ausgeschlossen. Eine gültige Lösung aus dieser Zwangslage bietet Tuma nicht an. Als erster stellte wiederum Baumbach die Interessenlage in den Vordergrund 7). Die Beschwerde soll immer zulässig sein, " wenn der Beschluß nicht einmal den abstrakten Anforderungen des Gesetzes genügt " 8). Andernfalls nähme man den Parteien wegen eines gerichtlichen Versehens ihr Recht. Da eine Änderung des Beschlusses durch das verweisende Gericht selbst nicht in Betracht komme, weil der Verweisungsbeschluß seine Zuständigkeit beende, müsse

- 1) Vgl. z.B. Rosenberg, ZPR (1927) § 34, II., 2 d, S. 94; ebenso Goldschmidt, ZPR (1929), S. 57
- 2) RGBL 1924, I, S. 135 (143)
- 3) Schönke, ZPR (1928), § 37, IV, S. 128
- 4) Sydow-Busch, § 276, Anm. 3
- 5) OLG Bamberg JW 1910, 688
- 6) Tuma, JW 1910, 743
- 7) Baumbach, 4. Aufl., § 276, Anm. 4 b
- 8) Baumbach, a.a.O.

man die Beschwerdemöglichkeiten erweitern 1). Im Ansatz ist diese Begründung wesensgleich mit den oben angestellten Überlegungen zu § 157 ZPO. Das Ergebnis ist indessen noch nicht völlig unbestritten. Nach wie vor wollen offenbar Blomeyer 2) und Bruns 3) überhaupt keine Ausnahmen zur gesetzlichen Regelung zulassen. Nikisch dagegen schränkt ein, die Verweisung nach § 276 ZPO (jetzt § 281 ZPO) setzt die Angehörigkeit beider Gerichte zum selben Gerichtszweig voraus 4). Was geschehen soll, wenn entgegen dieser Voraussetzungen verwiesen wird, sagt er allerdings nicht. Im übrigen herrscht aber Einigkeit wenigstens dahin, daß einem aus dem gesetzlichen Rahmen fallenden Verweisungsbeschuß zumindest die Bindungswirkung fehle 5), überwiegend aber auch, daß er unanfechtbar sei 6).

Wie schon in der Rechtsprechungsübersicht anklang, stehen beide Aussagen in einem Zusammenhang. Ausgangspunkt ist die Feststellung, daß ein gemäß § 281 ZPO ergangener Beschuß entgegen dem Wortlaut des 2. Abs. nur soweit gelten kann, als es das verweisende Gericht ersichtlich wollte, also nur hinsichtlich der sachlichen oder nur der örtlichen Zuständigkeit 7) bindet.

- 1) Baumbach verweist in seinen Erläuterungen zu § 276 ausdrücklich auf § 567, dort wird dann eine Statthaftigkeitserweiterung befürwortet.
- 2) Blomeyer, a.a.O. § 5, VIII, S. 39
- 3) Bruns, a.a.O. § 28, S. 238
- 4) Nikisch, a.a.O. § 26 IV, S. 105
- 5) Lent-Jauernig, § 14, II, S. 33
- 6) z.B. Rosenberg-Schwab, a.a.O. § 159; Bernhard, a.a.O. S. 103; Zöllner-Karch § 276, Anm. 3 c
- 7) So schon Hellwig, a.a.O., S. 135

Daran anknüpfend haben dann einige Autoren einer Entscheidung Bindungswirkung auch abgesprochen, wenn jene nicht im Rahmen des § 281 ZPO erfolgt war. So hat Schönke 1) in Anlehnung an das Reichsgericht 2) die Auffassung vertreten, eine Verweisung sei dann nicht bindend, wenn sie z.B. von einer Zivilkammer an eine andere desselben Gerichts gehe, weil es sich hier nur um eine Frage der Geschäftsverteilung handle 3). Noch allgemeiner schreibt Lent, daß einem Beschluß nur bindende Wirkung zukomme, wenn er sich im Rahmen des § 276 ZPO halte 4). Als Beispiel nichtbindender Beschlüsse führt er solche an, bei denen die Bezeichnung des verweisenden Gerichtes fehlt oder die eine Verweisung an eine Verwaltungsbehörde aussprechen.

Spätestens hier erhebt sich die Frage, welche Folge dies nach sich zieht. Richtigerweise wird man zwar die Anfechtbarkeit aus der fehlenden Bindungswirkung nicht zwangsläufig folgern. Immerhin spricht aber einiges dafür, dort, wo eine andere näherliegende Abhilfemöglichkeit nicht gegeben ist, Beschwerde zuzulassen. Es darf nicht ungewiß sein, welches Gericht zu entscheiden hat, oder gar durch Hin- und Herverweisung - im Ergebnis - zu einer Rechtsschutzverweigerung kommen 5).

Soweit es sich dabei noch um Verweisungen innerhalb derselben Gerichtsbarkeit handelt, vermag

- 1) Stein-Jonas-Schönke, a.a.O., 17.Aufl., § 276, Anm. 4
- 2) RGZ 119, 379; bestätigt in BGHZ 6, 178 ff (182)
- 3) Dagegen Rosenberg, ZZP 53, 394 ff
- 4) Lent, Anm. zu LG Tübingen, NJW 1949, 717
- 5) In dem sehr instruktiven Fall, BGH NJW 1964, 1416, wurde ein Rechtsstreit nach dem vom BGH zugrundegelegten Sachverhalt praktisch 3 Jahre nur hin- und verwiesen, bevor der BGH gem. § 36, Ziff. 6 das zuständige Gericht bestimmte.

zwar § 36, Ziff. 6 ZPO Abhilfe zu schaffen 1). Keine gesetzliche Möglichkeit aber bot und bietet sich den Betroffenen bei einer fehlerhaften Verweisung an das Verwaltungsgericht oder eine Verwaltungsbehörde. Hier hilft die Annahme nur fehlender Bindung des Beschlusses nicht weiter. Vielmehr steht der Beschluß als Ausspruch einer Staatsgewalt mit dem Anspruch auf Beachtung im Raum. Das gilt selbst dann, wenn ein Richter ohne jede Grundlage die Kostenentscheidung abtrennt und an die höhere Instanz verweist. Hier liegen die Voraussetzungen des § 36, Ziff. 6 ZPO nicht vor, und es ist äußerst fraglich, ob die Parteien ihre Ansicht - es handelt sich um einen Beschluß ohne jede Bindung - gegenüber dem Gericht immer durchsetzen könnten. In manchem Fall werden die Gerichte froh gewesen sein, einen möglicherweise unerfreulichen Streit durch Verweisung vom Tisch zu haben 2). Derartige Fehler des Gerichtes gehen ausschließlich zu Lasten der Parteien. Entweder müßten sie eine andere Verfahrensordnung in Kauf nehmen (bei Verweisung an Verwaltungsgerichte), oder einen Fall noch einmal vor Gericht wegen der Kosten aufrollen, der in der Hauptsache längst erledigt ist. Daß auch Letzteres der gesetzlichen Wertung widerspricht, ergibt sich unmittelbar aus § 99 ZPO und es ist in der Tat zweifelhaft, ob damit der Beschluß noch durch § 281, Abs. 2 ZPO gedeckt ist.

Der Zweck dieser Vorschrift ist in erster Linie die Rechtsmittelgerichte vor unfruchtbaren Rechtsstreitigkeiten zu entlasten und das Verfahren zu

- 1) Das gilt auch für Verweisungen von Gerichten der streitigen, an solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vgl. Tomas-Putzo, § 36, Anm. 2 f
- 2) Vgl. hierzu die Ausführungen von Schneider in NJW 1968, 96 ff

beschleunigen 1). Dabei wird in Kauf genommen, daß auch zuunrecht entweder die sachliche oder örtliche Zuständigkeit verneint wird und ein Verweisungsbeschluß ergeht. Hier hat demnach das Individualinteresse an Richtigstellung gegenüber einem allgemeinen Interesse an Entlastung der Gerichte zurückzustehen, auch wenn dadurch einer Partei möglicherweise Mehrkosten entstehen. Immerhin erleidet dadurch niemand hinsichtlich seiner Rechtsposition einen Nachteil 2).

Dagegen war die Lage anders, wenn an ein Verwaltungsgericht verwiesen wurde. Hier war zumindest früher die Gefahr einer Schlechterstellung Privater gegeben. Dies unter anderem deshalb, weil es in Deutschland vor 1960 keine einheitliche Verfahrensordnung für den Verwaltungsrechtsweg gab. Der Betroffene mußte sich also zuerst einer anderen, weniger zugänglichen Rechtsmaterie vertraut machen. Nimmt man nun noch hinzu, daß das Verwaltungsgericht den Beschluß vielleicht ignorierte, weil für dieses Gericht die ZPO und damit auch § 281 Abs. 2 S. 2 nicht anwendbar seien, so zeigt sich, daß hier die der Unanfechtbarkeitsklausel zugrundeliegende Wertung nicht mehr interessengerecht ist.

Eine Partei mußte entweder eine mögliche Schlechterstellung oder eine zeitweilige-mindestens faktische - Rechtsschutzverweigerung ohne jede Abhilfemöglichkeit in Kauf nehmen. Dieses Ergebnis kann aber mit dem Zweck des Gesetzes nicht mehr vereinbart werden. Insoweit deckt der Wortlaut der Vorschrift auch Beschlüsse, die davon nicht erfaßt sein sollten. Eine Abhilfemöglichkeit etwa

1) Vgl. dazu BGH NJW 1965, 1665 m.w.N.

2) Erklärt sich das andere Gericht ebenfalls für unzuständig, schafft § 36 Ziff. 6 Abhilfe.

entsprechend dem § 36 Ziff. 6 ZPO war in den untersuchten Fällen nicht gegeben. Dagegen schafft die Annahme, kein Gericht sei an einen völlig gesetzwidrigen Beschluß gebunden, solange Rechtsunsicherheit, als hierzu eine autoritative Entscheidung eines übergeordneten Gerichtes fehlt.

Es kommt zu Hin- und Rückverweisungen 1), die einem Zweck des § 281, Abs. 2 ZPO, nämlich dem der Prozeßbeschleunigung, geradezu entgegenlaufen. Demgegenüber lag bei den gegebenen Beispielen jeweils auf der Hand, daß sich hier das Untergericht meistens groß geirrt, schlimmstenfalls willkürlich über das Gesetz hinweggesetzt hat.

Hier überwiegen die Interessen an der Aufhebung eines solchen Beschlusses. Nicht nur der Einzelne, auch die Allgemeinheit hat ein Interesse daran, daß völlig außerhalb des "gesetzlichen Rahmens" liegende Richtersprüche aufgehoben werden. Ein bestandskräftiges schlechtes Beispiel kann zum Berufungsfall und so zur Ursache einer bedenklichen Entwicklung werden. Hier bietet sich die Beschwerde als Rechtsmittel gegen Nebenentscheidungen für den Fall fehlender anderweitiger Abhilfemöglichkeit an 2). Zwar fehlt es wiederum an den in § 567 ZPO normierten Voraussetzungen, die im vorigen Abschnitt angestellten Überlegungen greifen aber voll durch, wobei der Gesichtspunkt der größeren Rechtssicherheit hinzu kommt. So-

- 1) Vgl. zu dem auf Seite 71 unter FN 5 genannten Fall noch BAG NJW 74, 1840, auch dort wurde zunächst einmal monatelang nur verwiesen.
- 2) Für den Fall irrtümlicher Annahme der internationalen Zuständigkeit will der BGH mit sehr sorgfältiger und m.E. zutreffender Begründung sogar Berufung/Revision entgegen § 512 a zulassen, vgl. BGH GS 44, 46 = NJW 65, 1665

lange es sich demnach um offensichtlich fehlerhafte, anders nicht korrigierbare Entscheidungen handelt, die zudem mindestens eine Partei über das nach dem Gesetz hinzunehmende Maß belasten, ist dem Beschwerzten ein Beschwerderecht auch bei Verweisungsbeschlüssen einzuräumen.

Dagegen hat es bei der gesetzlichen Lösung zu verbleiben, wenn nur im konkreten Fall unrichtige, aber mit der Prozeßordnung vereinbare Beschlüsse ergehen. Nur so ist gewährleistet, daß der Streit über die Verweisung nicht zu einer letztlich die Streitentscheidung in der Hauptsache erschwerenden Prozeßverzögerung kommt.

Beschlüsse, die außerhalb eines gesetzlichen Verfahrens ergingen

Schließlich ist noch auf die erwähnten Beschlüsse des Bayrischen Obersten Landesgerichts sowie der Oberlandesgerichte Stuttgart und Köln 1) einzugehen.

Bei ihnen war zwar der Tatbestand einer Entscheidung gegeben, den Untergerichten hatte jedoch die Kompetenz zu ihrem Erlaß gefehlt. An dieser Stelle ist wieder auf die Lehre von den wirkungslosen Entscheidungen zurückzukommen. Allgemein ist nämlich anerkannt, daß einer Entscheidung die Wirkung versagt werden muß, wenn dem Gericht die Voraussetzungen fehlen, überhaupt rechtsgestaltend oder rechtsentscheidend zu wirken. Infolgedessen ist eine Entscheidung auch dann unwirksam, wenn dem Gericht die Gerichtsbarkeit fehlt 2). Wenn auch die ganze Problematik aus-

1) Vgl. oben S. 56

2) Vgl. Jauernig, a.a.O., S. 176

schließlich im Zusammenhang mit Urteilen diskutiert wird, so ist doch kein Grund ersichtlich, der der Übernahme der Ergebnisse auf Beschlüsse entgegenstünde. Deshalb ist auch von der Wirkungslosigkeit der obengenannten Beschlüsse auszugehen: entweder wurde nämlich durch die Parteien eine gesetzlich nicht vorgesehene Gerichtszuständigkeit geschaffen, oder gegen Verfahrens unbeteiligte entschieden.

Die Frage ist allerdings, ob eine wirkungslose Entscheidung überhaupt anfechtbar ist. Dagegen spricht, daß, was schon wirkungslos ist, rein begrifflich nicht aufgehoben werden kann. Andererseits aber hat das Judiz den Schein der Rechtsbeständigkeit für sich; die Parteien gehen in aller Regel davon aus, daß sie sich an den Inhalt halten müssen 1). Die Interessenlage ist hier kaum anders als beim nichtigen Verwaltungsakt, auch dort besteht die Vermutung, daß der Adressat die Anordnung zu befolgen hat 2).

Hier wie dort bedeutet die bloße Existenz des Hohheitsaktes schon eine Belastung für die Betroffenen, zumal es nach Abschluß des Verfahrens nicht ihnen überlassen werden kann, sich auf die Wirkungslosigkeit und damit Unbeachtlichkeit einer Entscheidung zu berufen.

Um hier erneuten Streit zu vermeiden, bedarf es der richterlichen Autorität. Nur sie kann den Parteien die Gewißheit verschaffen, ob sie sich

1) Vgl. Jauernig, a.a.O., S. 176

2) Vgl. Forsthoff, a.a.O., S. 213 ff; Eyermann-Fröhler, a.a.O., § 42, Anhang, Anm. 1, sowie OVG Berlin, JR 72, 172

an ein Urteil oder einen Beschluß zu halten haben oder nicht. Aufgrund dieser Überlegung geht die herrschende Meinung auch von der Zulässigkeit eines Rechtsmittels aus 1). Allerdings setzt sie die Statthaftigkeit des Rechtsmittels immer stillschweigend voraus. Das ist leicht damit zu erklären, daß die entsprechende Fragestellung nur im Hinblick auf wirkungslose Urteile abgehandelt wird. Dort aber bietet die Statthaftigkeit etwa der Berufung infolge der weiteren Fassung des § 511 ZPO keine Schwierigkeiten. Dagegen bildet sie bei der Beschwerde erst die eigentliche Frage.

Der entscheidende Gesichtspunkt ändert sich indessen nicht. Fordert es die Rechtssicherheit, Berufung gegen wirkungslose Urteile zuzulassen, so muß dieser Gesichtspunkt auch als ausschlaggebend für die Statthaftigkeit einer Beschwerde angesehen werden.

Zwar hätte das Untergericht in der Mehrzahl der Nebenentscheidungen (soweit sie in Beschlußform ergehen) die Möglichkeit der Abänderung auf Antrag. Auf die Unzulänglichkeit dieses Behelfs wurde aber schon hingewiesen 2). Insbesondere bestanden Bedenken, ob es ausreicht, dasselbe Gericht über die Nichtigkeit der eigenen Entscheidung urteilen zu lassen, zumal, wenn es zu einer Abänderung durch Antrag nicht gezwungen ist. Hier kann nur ein auf Anfechtung hin ergangener, höher-instanzlicher Spruch, der die Aufhebung des Beschlusses ausspricht 3), die nötige Klarheit und damit Rechtssicherheit schaffen.

1) Vgl. Rosenberg-Schwab, a.a.O. § 62 II, S. 290; Lent-Jauernig § 14 a.E. S. 188; Thomas-Putzo, Vorbem. III, 2 e v. § 300

2) Vgl. oben S. 41

3) Diese Möglichkeit ist auch bei der Beschwerde gegeben (vgl. § 571, S. 2, 568 ZPO) worauf Schlieper, a.a.O., S. 1 ff zurecht hinweist.

Demgegenüber treten die gegen die Ausweitung der Rechtsmittelmöglichkeiten bestehenden Bedenken in den Hintergrund. Der Kreis der wegen Nichtigkeit anfechtbaren Nebenentscheidungen ist noch so eng bestimmt, daß durch diese Ausdehnung kaum eine Einbuße an Rechtssicherheit zu befürchten ist.

Die inkorrekten Entscheidungen

Das Gesagte gilt für die in diesem Zusammenhang untersuchten Fälle inkorrektur Entscheidungen entsprechend.

Hierbei ist unter anderem an das von Schönke 1) gebildete Beispiel eines klagabweisenden Beschlusses wegen Unzuständigkeit zu denken. Richtigerweise hätte anstelle des Beschlusses ein abweisendes Prozeßurteil ergehen müssen. Dagegen wäre gemäß § 511 ZPO die Berufung statthaft gewesen, während sich eine Beschwerdemöglichkeit aus § 567 ZPO nicht ableiten läßt. Durch die vom Gericht gewählte falsche Entscheidungsform würde also einer Partei möglicherweise ein an sich gegebenes Rechtsmittel genommen, wenigstens die Gefahr des falschen Rechtsmittels aufgebürdet. Um dies zu vermeiden, wird von der heutigen herrschenden Meinung das sogenannte Prinzip der Meistbegünstigung vertreten 2). Danach soll, solange nur gegen die korrekte Entscheidung eine Anfechtungsmöglichkeit gegeben gewesen wäre, sowohl Beschwerde als auch Berufung zulässig sein 3).

1) Vgl. Schönke, LB, a.a.O. § 37 IV

2) Vgl. Nikisch, a.a.O., § 117 IV; Rosenberg-Schwab, § 136, II 2 a, S 703; Stein-Jonas-Grunsky, III, 1 vor § 511; Thomas-Putzo, Vorbem. II, 2 vor § 511; BGH 66, 67

3) Statt aller Thomas-Putzo, a.a.O.

Darauf, daß sich die Beschwerdestatthaftigkeit nicht aus § 567 ZPO ergibt, wird nicht näher eingegangen. Dies ist jedoch insoweit auch nicht notwendig, als der Meistbegünstigungsgrundsatz konsequent nur durchführbar ist, wenn man auch den Beschwerderahmen erweitert. § 567 ZPO knüpft eben nicht an die Entscheidungsform an, vielmehr sind die beschwerdefähigen Entscheidungen im Einzelnen aufgeführt.

Die Notwendigkeit einer Statthaftigkeitserweiterung auf inkorrekte Entscheidungen muß sich demnach schon aus der Rechtfertigung des Meistbegünstigungsprinzips ergeben. Die dafür ausschlaggebenden Gesichtspunkte sind schon knapp angegeben worden.

Ausgangspunkt der Überlegung ist, daß einer Partei nicht durch einen Fehler des Gerichtes eine an sich gegebene Anfechtungsmöglichkeit genommen werden darf 1).

Dies ist letztlich eine Forderung der Gerechtigkeit. Fraglich kann nur sein, welches Rechtsmittel die Partei zu wählen hat. Denkbar sind zunächst zwei Möglichkeiten. Einmal könnte die Partei darauf verwiesen werden, das Rechtsmittel einzulegen, welches gegen die formgerechte Entscheidung zulässig gewesen wäre. Zum anderen kann man an die äußere Form der Entscheidung anknüpfen und von daher das zulässige Rechtsmittel bestimmen. Beides wurde als subjektive 2) und objektive 3) Theorie vertreten, wobei bei der letzteren die Beschwerdestatthaftigkeit wieder stillschweigend vorausgesetzt wurde. Auf das Für und Wider dieser Auffassung braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Jedenfalls

1) Vgl. BGH MDR 1966, 232

2) z.B. RGZ 102, 174 f; 159, 360 f

3) z.B. RGZ 96, 8; so auch das KG im untersuchten Fall (NJW 67, 1685)

bestand die Gefahr, daß eine Partei infolge dieser Unklarheiten ein Rechtsmittel verlor. Je nach Auffassung des Gerichtes wäre ein Rechtsmittel als unzulässig zurückgewiesen worden, die Kosten hätte die Partei zu tragen gehabt. Diese Folge ist deshalb ungerecht, weil die Unsicherheit bei der Wahl des richtigen Rechtsmittels einzig und allein dem Gericht zuzuschreiben ist.

Solange eine eindeutige Festlegung auf eine Theorie nicht möglich ist, kann nur dadurch geholfen werden, daß man sowohl Berufung als auch Beschwerde zuläßt 1). Nur so wirkt sich ein Fehler des Gerichtes nicht zu Lasten einer Partei aus. Die Bedenken, die gegen eine Ausdehnung der Beschwerdemöglichkeiten grundsätzlich bestehen, greifen demgegenüber nicht durch. Der Kreis der anfechtbaren Entscheidungen bleibt immer noch hinreichend eng bestimmt, eine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit ist daher nicht zu befürchten. Danach ist für den Beschwerdebereich der inkorrekten Entscheidungen eine Lücke bei der Beschwerdestatthaftigkeit ebenfalls anzuerkennen. Ihre Erweiterung ergibt sich aus dem Meistbegünstigungsprinzip.

Zusammenfassung und Auswertung des

bisherigen Ergebnisses

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß die Berechtigung der Beschwerdeerweiterung von der Rechtsprechung immer vorausgesetzt und von der Lehre nie näher überprüft wurde. Gleichwohl läßt sie

1) Darauf zu achten ist allerdings, daß dann das Instanzgericht unabhängig von der Wahl des Rechtsmittels, in der gesetzlich vorgesehenen Form entscheidet. Vgl. BGH JR 66,67.

sich als Lückenergänzung - nach vorheriger teleologischer Reduktion von Unanfechtbarkeitsklauseln - in folgenden Fällen rechtfertigen:

- a) gegen wirkungslose Entscheidungen. Diese Gruppe ist vermutlich von der Lehre mitgemeint, wenn sie von Beschlüssen spricht, die in einem unzulässigen Verfahren ergangen sind 1).
- b) gegen inkorrekte Entscheidungen. Sie entsprechen möglicherweise den " der Art nach falschen Entscheidungen ".
- c) gegen inhaltlich rechtsfremde Entscheidungen. Damit sind solche Beschlüsse gemeint, die in offenbarem Widerspruch zum Sinn und Zweck eines Gesetzes stehen, oder eine dem Gesetz unbekannte Rechtsfolge ausprechen 2).

Im ersten Fall fordert letztlich die Rechtssicherheit selbst die Aufhebung eines wirkungslosen Beschlusses. Die Ausweitung der Rechtsmittelmöglichkeiten beeinträchtigt die Rechtssicherheit weniger, als die Ungewißheit über den Bestand einer Entscheidung.

Bei den Fallgruppen b) und c) waren Gerechtigkeitsgesichtspunkte maßgebend. Erforderlich ist dabei stets eine sorgfältige Abwägung widerstreitender Interessen und Wertungen. Solange es eine wirklich befriedigende anderweitige Abhilfemöglichkeit nicht gibt, ist demnach das Be-

- 1) So z.B. Thomas-Putzo § 567, Anm. 4
- 2) Dieses Ergebnis gilt auch für das Arbeitsgerichtsverfahren, § 78 ArbGG verweist auf die Beschwerdevorschriften der ZPO, vgl. aus der Rspr. LAG Düsseldorf, NJW 1963, 555. Die Kommentare gehen auf die Problematik nicht ein, vgl. etwa Auffahrt-Schönherr zu § 78 ArbGG.

dürfnis einer Erweiterung der Rechtsmittelstatthaftigkeit anzuerkennen. Die Beschwerde bietet sich dabei als das gegebene Rechtsmittel gegen Nebenentscheidungen an.

Dabei muß in Kauf genommen werden, daß sich eine strenge Trennung bei der Prüfung von Zulässigkeit - wie sie sonst allgemein gefordert wird 1) - hier nicht durchführen läßt. Regelmäßig wird sich nämlich die Begründetheit aus der Statthaftigkeitsprüfung schon ergeben 2). Diese Bedenken können aber insoweit zurückstehen, als hierdurch an Rechtssicherheit gewonnen wird und beachtliche Partei- oder Allgemeininteressen eher für eine so eingegrenzte Statthaftigkeitserweiterung, als gegen sie sprechen 3). Die Durchbrechung der obigen Regel ist im übrigen kein in der Gesamtrechtsordnung einmaliger Vorgang. So ist z.B. in § 42 VwGO eine summarische Begründetheitsprüfung in der Zulässigkeitsstation schon gesetzlich vorgeschrieben. Insoweit können diese dogmatischen Bedenken zurückgestellt werden.

- 1) Vgl. statt aller Thomas-Putzo, Vorbem. III vor § 511; Rimmelbacher, a.a.O., S. 96 und Grunsky, a.a.O., § 34, S. 323 greifen die Trennung als solche nicht an, sondern bestreiten nur die Vorrangigkeit der Zulässigkeitsprüfung, vgl. dazu Thomas-Putzo, Vorbem. III vor § 253 und Zeiss, a.a.O. § 41 ff (S. 111, 112)
- 2) so ausdrücklich OLG Hamm, NJW 1975, 1711
- 3) in diesem Sinne auch die Entscheidungsanm. von Goldwald, NJW 74, 224; ähnlich Dietrich, a.a.O. S. 96

Die Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von

Verfahrensverstößen

Nachdem somit die grundsätzliche Notwendigkeit und Möglichkeit einer Beschwerdeerweiterung innerhalb der ZPO bejaht ist, kann nunmehr untersucht werden, ob das gefundene Ergebnis auch bei Verfahrensmängeln anwendbar ist. Hierbei darf allerdings der Ausgangspunkt nicht aus den Augen verloren werden: es geht bei jeder Erweiterung der Statthaftigkeit um ein Stück Rechtsfortbildung und damit um eine gewisse Beeinträchtigung der Rechtssicherheit.

Darauf ist gerade im Hinblick auf die uneinheitliche Rechtsprechung hinzuweisen.

Diese hat, wie die folgenden Beispielsfälle zeigen, erhebliche Schwierigkeiten bei der Abgrenzung. Zwei Leitgedanken können dabei unterschieden werden. Einmal geht es um die grundsätzliche Frage, ob schwerwiegende Verfahrensverstöße zur Anfechtbarkeit führen müssen; zum anderen um die Unterfrage, ob die Beschwerde wenigstens dann mit der Verfahrensrüge zuzulassen ist, wenn Anfechtbarkeit ausnahmsweise schon anerkannt ist (als z.B. bei §§ 157, 276, 707 ZPO).

Beide Wege sind schon versucht worden.

Das Kammergericht ¹⁾ hat in Anlehnung an eine Entscheidung des Reichsgerichts ²⁾ eine außerordentliche Beschwerde dort zugelassen, wo sich " das Vordergericht über wesentliche Bestandteile der ZPO hinwegsetzt " 1). Im zugrundeliegenden Fall hatte das Landgericht auf ein Armenrechtsgesuch des Klägers durch Beschluß angeordnet, daß dem

1) KG, HRR, 1933 Nr. 881

2) RGZ 64, 377

Beklagten anheim gegeben werde, zu den vorgebrachten Tatsachen einen Eid zu leisten.

Das Kammergericht prüfte ausführlich, ob die Anordnung einer solchen Eidesleistung zulässig ist. Es kam zu dem Ergebnis, daß dies in analoger Anwendung des § 294 ZPO " für unzulässig zu halten sein wird " 1).

Erst nachdem das Kammergericht damit die Begründetheit der Beschwerde bejaht hat, folgert es, daß sie dann auch zulässig sein müsse. Hierbei ist aufschlußreich, wie vorsichtig das Gericht die Begründetheit des Rechtsmittels bejaht 2) und wie selbstverständlich daraus die Statthaftigkeit abgeleitet wird. Das Gericht hat, soweit die Entscheidung vollständig veröffentlicht ist, zur Frage der Statthaftigkeit nur im Leitsatz (im bejahenden Sinne) Stellung genommen.

Kurz darauf hat dann das Reichsgericht 3) grundlegend zur Beschwerdestatthaftigkeit bei Verfahrensverstößen Stellung genommen.

Die Rechtsprechung von Reichsgericht

und Bundesgerichtshof

Anders als früher hat das Reichsgericht nunmehr die Beschwerde gegen einen prozeßordnungswidrigen Beschluß als unzulässig zurückgewiesen.

Es hat dies unter Hinweis auf § 567 Abs. 3 ZPO begründet, wonach gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte Beschwerde nicht statthaft ist 4).

1) KG HRR 1931, Nr. 881

2) Die Zulässigkeit eines Parteieides war nicht unbestritten. Das KG a.a.O. zitierte selbst abweichende Meinungen. Heute ist Parteieid gem. § 452 ZPO zulässig.

3) RGZ 144, 86

4) Durch Nov. vom 22.5.1910 eingeführt

Das Gericht führt aus:

" Ein Rechtsatz des Inhalts, daß die Verletzung einer grundlegenden Verfahrensvorschrift eine sonst verschlossene Instanz eröffne, besteht nicht. Die Vorschrift in § 567 Abs. 3 ZPO entzieht die Entscheidung der Oberlandesgerichte der Beschwerde. Für eine Unterscheidung zwischen Beschwerden, die auf die sachliche Richtigkeit abstellen und solchen, die einen Verstoß gegen eine noch so wesentliche Verfahrensvorschrift rügen, bleibt kein Raum"1).

Letztlich entscheidend war für das Reichsgericht, daß der Zweck der Novelle vom 22.5.1910, das Reichsgericht von minderwichtigen Entscheidungen zu entlasten, durch eine solche Beschwerdemöglichkeit umgangen würde.

Aufgrund dieser Novelle gebe es gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte grundsätzlich keine übergeordnete Beschwerdeinstanz, weshalb sich dieser Fall auch wesentlich von dem des § 707, Abs. 2, Satz 2 und des § 157, Abs. 2, Satz 2 ZPO unterscheide. Dort nämlich werde das " Vorhandensein einer übergeordneten Instanz vorausgesetzt, nur aus bestimmten Gründen der Nachprüfung dieser Instanz entzogen " 2).

Im Hinblick auf § 567, Abs. 3 ZPO sei eine solche Instanz hier nicht gegeben.

Diese Grundsätze wurden vom Reichsgericht und vom Bundesgerichtshof mehrfach bestätigt 3). Sie

1) RG, a.a.O.

2) RGZ 144, 86

3) Aus der Rspr., vgl. RGJW 1935, 3308; 1936, 876; 1936, 2458; aus der BGH Rspr. BGH NJW 1957, 713 u. BGH WM 1956, 1359 m.w.N.; offen gelassen wurde die Frage v.BGH JZ 1957, 182

haben dabei größtenteils statt einer Begründung nur auf den oben zitierten Beschluß hingewiesen oder dessen Begründung wiedergegeben.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

Daran anknüpfend hat das Oberlandesgericht Schleswig-Holstein 1) die Statthaftigkeit einer Beschwerde begründet. Es hebt darauf ab, daß das Reichsgericht nur im Hinblick auf § 567 Abs. 3 ZPO diese Anfechtbarkeit verneint habe. Die Regelung gelte jedoch nur für Beschlüsse der Oberlandesgerichte, nur hier sei generell Überprüfbarkeit ausgeschlossen. Anders liege jedoch der Fall bei Beschwerden gegen landgerichtliche Entscheidungen. Hier könne die Reichsgerichtsentscheidung keine Bedeutung haben, weil die Oberlandesgerichte den Landgerichten allgemein als Beschwerdeinstanz übergeordnet seien. Danach sei der Weg offen für eine außergerichtliche Beschwerde gegen eine Entscheidung, die prozeßordnungswidrig ergangen sei. So haben auch andere Gerichte insbesondere für den Fall eines verfahrensfehlerhaften Verweisungsbeschlusses öfter die Zulässigkeit bejaht 2).

Beschwerderecht und rechtliches Gehör

Besonders umstritten in diesem Zusammenhang ist sowohl bei Verweisungsbeschlüssen, als auch allgemein bei der Statthaftigkeitserweiterung, die Bedeutung des rechtlichen Gehörs.

Hier liegen selbst in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Reihe widersprüchlicher

1) SchH OLG, SchlHA 1956, 145

2) z.B. LG Stade MDR 1961, 152; LG Neuruppin, NJ 51, 379 (mit zustimmender Anm. v. Nathan)

Entscheidung vor. Zwar hat der Bundesgerichtshof eine Anfechtung mittels Beschwerde mehrfach grundsätzlich abgelehnt und darauf hingewiesen, daß dem Beschwerdeführer die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde gegeben sei 1). Andererseits hat aber schon das Reichsgericht zu § 548 ZPO erklärt, es könne " niemals in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, der unterliegenden Partei eine derartige, die Grundsätze des Parteiprozesses betreffende Revisionsrüge abzuschneiden ", die erhobene " Revisionsrüge in der Bedeutung einer Revisionsbeschwerde " sei deshalb zulässig 2). Diesen Standpunkt haben sowohl das Reichsgericht als auch der Bundesgerichtshof bestätigt 3), obwohl es in der Begründung zur Novelle vom 22.5.1910 4) ausdrücklich hieß: " die dem Endurteil vorausgegangenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte werden ... fortan unanfechtbar und bleiben daher ... der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen " 3). Es ist deshalb nicht verwunderlich, wenn eine Reihe von Oberlandesgerichten auch eine auf Verletzung des rechtlichen Gehörs gestützte Beschwerde für statthaft hielten 4). Das Oberlandesgericht Schleswig-Holstein billigt gar ausdrücklich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach ein Verfahrensmangel nicht zur

- 1) BGH NJW 1957, 713 (= WM 1957, 211) BGH MDR 1961, 309; ebenso OLG Düsseldorf, MDR 1970, 934 unter Aufgabe von MDR 1964, 856; LAG Hamm MDR 1972, 362
- 2) RGZ 83, 1 ff
- 3) ähnlich schon RGZ 81, 321; vgl. im übrigen RGZ 160, 157; RG DJ 1936, 75; BGHLM Nr.2 zu § 548
- 4) Sie sollte der Entscheidung des RG dienen und führte unter anderem den § 567, Abs. 3 ein. Vgl. RGBI 1910, S. 767

Beschwerdeerweiterung führen kann, meint aber dann, bei Verletzung des rechtlichen Gehörs gelte etwas anderes 1).

Eine zuungunsten der nichtgehörten Partei ergangene Entscheidung könne regelmäßig nicht als dem Gesetz gemäß ergangen angesehen werden. Sie sei deshalb nach allgemein anerkannten Grundsätzen wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit anfechtbar.

Die Stellungnahme der Lehre

Fast ebenso vielfältig wie die Rechtsprechung sind die Aussagen in den Kommentaren und Lehrbüchern. Fast ausnahmslos wird zwar gelehrt, ein noch so schwerer Verfahrensmangel, insbesondere auch die Verletzung des rechtlichen Gehörs, vermöge kein sonst verschlossenes Rechtsmittel zu eröffnen 2). Bei einzelnen Vorschriften werden dann jedoch jeweils Ausnahmen gemacht und etwa Beschwerde zugelassen. Insbesondere bei verfahrensfehlerhaften Verweisungsbeschlüssen wurde verschiedentlich versucht, eine Lösung über die schon ergangene Rechtsprechung zur Beschwerdeerweiterung zu suchen 3).

1) OLG Schl.Holst. SchlHA 1957, 160

2) Vgl. z.B. Stein-Jonas-Grunsky, allgem. Einl. IV vor § 511; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Grundzüge 2 vor § 511; Thomas-Putzo, Einl. I, 4; unklar Zöllner-Stephan, Vorbem. I, 1 vor § 128; Zeiss a.a.O. § 32, III, 3 S. 80

3) So z.B. bei Versagung des rechtlichen Gehörs vor Erlass eines Verweisungsbeschlusses, vgl. Zöllner-Stephan § 276, Anm. III, 3; Thomas-Putzo, § 276, Anm. 3

Die Rechtfertigungsversuche

von Osterrieth und Schneider

In diesem Zusammenhang sind insbesondere zwei Aufsätze zu erwähnen, die sich mit diesem Problemkreis auseinandersetzen 1).

Osterrieth untersucht die Frage, ob Beschwerde wegen fehlenden Antrags zulässig sei. Er lehnt letztlich für diesen besonderen Fall die Möglichkeit einer Anfechtung ab, meint aber, daß dieses Ergebnis so untragbar sei, daß der Gesetzgeber hier schleunigst Abhilfe zu schaffen habe (durch Zulassung sofortiger Beschwerde). Seine Begründung ist nicht ganz ohne Widersprüche und deshalb aufschlußreich. Zunächst unterstützt er nachdrücklich die Ansicht, daß ein Beschluß, der nicht einmal den gesetzlichen Anforderungen genügt, auch anfechtbar sein muß. Die gegenteilige Auslegung des § 281, Abs. 2 ZPO, bedeutet eine " Loslösung des Begriffs Beschluß in Abs. 2 aus seinem Sinnzusammenhang und seinen Voraussetzungen in Abs. 1" 2).

Was Osterrieth darunter versteht, ist nicht ganz klar, jedenfalls soll die Gegenmeinung zu unannehmbaren Ergebnissen führen. Dabei sieht auch Osterrieth die Unanfechtbarkeit und die Bindungswirkung in einem unmittelbaren Zusammenhang: Beide sollen sich nicht schon aus Abs. 2 dieser Vorschrift ergeben. Nachdem er sich dermaßen für die Zulassung der Beschwerde ausgesprochen hat,

1) Osterrieth, JZ 1952, 23 ff und Schneider, NJW 1968, 96 ff

2) Osterrieth, a.a.O.

lehnt er sie im konkreten Fall mit der Begründung ab, daß für die Aufhebung eines Verweisungsbeschlusses wohl nur eine sofortige Beschwerde in Betracht kommen könne, eine solche aber " nicht im Wege richterlicher Rechtschöpfung eingeführt werden könne " 1). Darüber hinaus fehle im geltenden Recht eine Instanz, die das Gericht, an das verwiesen wurde, von seiner Bindung durch den fehlerhaften Verweisungsbeschluß lösen dürfe.

Jede freiwillige Unterwerfung unter den Aufhebungsbeschluß des Beschwerdegerichts geschehe damit contra legem. Auch damit macht Osterrieth die Abhängigkeit von Bindungswirkung und Anfechtbarkeit deutlich. Ob seiner Argumentation im übrigen gefolgt werden kann, ist allerdings zweifelhaft. Es ist nämlich nicht ersichtlich, wieso in einem Fall eine richterliche Rechtschöpfung ausgeschlossen werden soll, während sie in einem anderen nach Osterrieth ohne weiteres zulässig ist. Zudem soll ja auch nach Osterrieth im Falle des Fehlens jeder gesetzlichen Grundlage ein Aufhebungsbeschluß durch das Beschwerdegericht möglich sein. Wieso hier eine freiwillige Unterwerfung nicht contra legem ist, sagt Osterrieth nicht. Insoweit bleibt die Untersuchung unbefriedigend. Wenn man auch dem Ergebnis zustimmen mag, so scheint seine Rechtfertigung nicht in der angeblichen Unzulässigkeit richterlicher Rechtschöpfung zu liegen. Hier hat vielmehr die Untersuchung gerade anzusetzen und nachzuweisen, warum Rechtsfortbildung (nicht) in Betracht kommt.

1) Osterrieth, a.a.O.

Einen derartigen Versuch zur Begründung der Anfechtbarkeit hat Schneider 1) unternommen. Er geht ebenfalls von der herrschenden Meinung zur Beschwerdeerweiterung aus, und stellt sich die Frage, ob nicht auch grob verfahrensfehlerhafte Verweisungsbeschlüsse darunter subsumiert werden können. Damit meint er unter anderem Beschlüsse, die ohne Verweisungsantrag ergangen sind, oder willkürliche Streitwerterhöhungen durch das Gericht, um die Sache weiter verweisen zu können. In allen diesen Fällen, so meint Schneider, liegt eine Richterwillkür vor, gegen die man die Parteien nicht machtlos lassen kann. Den Weg über eine Beschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs sieht er durch die herrschende Meinung verbaut, die eine Rechtsmittelerweiterung bei Verstoß gegen Art. 103 GG nicht zulassen will. Aus diesem Grunde schlägt er die Heranziehung des Art. 101 GG vor, wonach es verboten ist, jemanden seinem gesetzlichen Richter zu entziehen. Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist dies auch dadurch möglich, daß ein Gericht " seine Zuständigkeit offenbar willkürlich bejaht, oder verneint und dadurch im Einzelfall eine Verschiebung der gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeit zum Nachteil einer Prozeßpartei bewirkt 2)". Schneider meint nun, daß die gegebenen Beispiele genau diese Voraussetzungen erfüllen. Er unterstellt dabei, daß jeder Richter weiß, ein Verweisungsbeschuß sei nur auf Antrag möglich; er glaubt weiter, der Zweck von unzulässigen Streitwerterhöhungen sei nur der, der mühseligen Bearbeitung von unangenehmen Rechtsstreitigkeiten auszuwei-

1) BVerGE 3, 364

2) BVerG, a.a.O.

chen 1). Darauf aufbauende Verweisungsbeschlüsse seien damit aber willkürlich und mit Art 101 GG nicht vereinbar.

Damit ist allerdings erst eine, mit der Verfassungsbeschwerde angreifbare Grundrechtsverletzung nachgewiesen; ein zusätzliches Rechtsmittel im Zivilprozeß ergibt sich aus einem Verstoß gegen Art. 101 GG jedoch nicht. Dies sieht auch Schneider, er will jedoch aus prozeßökonomischen Gründen und im Hinblick auf den Rechtssuchenden, der ja zunächst vor dem " falschen " Gericht verhandeln muß, das Ergebnis rechtfertigen.

Im Gegensatz zu Verstößen gegen Art. 103 GG, bei denen es sich um Versehen oder rechtliche Fehlbeurteilung handle, gehe es hier darum, der Willkür vorzubeugen. Sofern aber ein Gericht willkürlich ein Grundrecht einer Partei verletze, sei eine entsprechende Sanktion angemessen. Die genaue, rechtstechnische Begründung ist für Schneider nur eine zweitrangige Frage, über die man schon eine Einigung herbeiführen könne. Er macht den Vorschlag, man solle die sowieso schon gemachten Ausnahmen erweitern und Entscheidungen, die gröblich gegen Art 101 GG verstoßen, ebenfalls darunter einordnen. Als Maßstab einer Prüfung wären die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (insbesondere Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 3, 364) heranzuziehen. Für denkbar hält Schneider auch eine entsprechende Anwendung der §§ 551. Nr. 1, 579, Nr. 1 ZPO und § 338, Nr. 1 StPO.

Schneider erklärt ausdrücklich, ihm gehe es weniger um die Begründung, als um das praktische

1) Schneider, a.a.O., S. 97

Ergebnis, denn: " wer das vernünftige Ergebnis will, wird schwerlich an der Konstruktion scheitern " 1).

Damit ist im Verhältnis zu Osterrieth genau die entgegengesetzte Haltung eingenommen. Beide Aussagen erscheinen in ihrer Bedingungslosigkeit nicht haltbar.

Schneider ist entgegenzuhalten, daß sich in manchem Fall darüber, was vernünftig ist, trefflich streiten läßt.

Eigene Stellungnahme

Richtigerweise wird man auch hier zu fragen haben, ob ein unabwendbares Bedürfnis besteht, die Beschwerdestatthaftigkeit dergestalt auszuweiten, daß auch verfahrensfehlerhaft zustandegewordene Beschlüsse anfechtbar sind. Dabei sind die schon angeführten grundsätzlichen Gesichtspunkte maßgebend: Einmal das Interesse des Betroffenen an der Aufhebung der Entscheidung, zum anderen der rechtsstaatliche Gesichtspunkt der Rechtssicherheit 2).

Nicht zugestimmt kann allerdings Henckel werden, wenn er ausführt, auch aus der Sicht des Betroffenen - in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör Verletzten - sei eine Sonderstellung nicht gerechtfertigt 3). Für ihn sei schließlich gleichgültig, aus welchen Gründen eine Entscheidung falsch sei. Damit habe er aber auch kein beachtenswertes Interesse an der ausnahmsweisen Anfechtbarkeit einer Entscheidung. Schließlich solle ja auch die Unanfechtbarkeit unrichtiger

1) Schneider, a.a.O. S. 97

2) Ebenso Henckel, ZZP 77, 321 ff

3) Henckel, ZZP 77, 328

und verfahrensfehlerhafter Beschlüsse gedeckt worden 1).

Diese Sicht der Dinge geht zu sehr vom pathologischen Fall aus. Nicht die Ausnahme, sondern die Regel muß der Ausgangspunkt der Wertung sein. Sicherlich soll die formelle Rechtskraft dem Rechtsfrieden dienen, indem sie Streit beendet. Das kann aber nur dort der Fall sein, wo die Parteien von einer an Gesetz und Recht ausgerichteten Entscheidungsfindung ausgehen dürfen. Eine ausgewogene Urteilsbegründung dient dem Rechtsfrieden mehr als die gesetzlich festgelegte Rechtskraft. Es ist deshalb nicht gleichgültig, wie und aufgrund welchen Verfahrens entschieden wird. Andernfalls bestünde die Gefahr der Richterwillkür und damit der Unvorhersehbarkeit jeglicher Entscheidung 2).

Nur wenn die Richtigkeit einer Entscheidung in aller Regel gewährleistet ist, kann die Unanfechtbarkeit für den Ausnahmefall der falschen hingenommen werden. In dem so begrenzten Rahmen ist es Ausfluß der Rechtskraft, daß falsche Entscheidungen mitgedeckt sind.

Shensowenig gleichgültig - entgegen der Ansicht von Henckel - dürfte es dem Betroffenen sein, wieso eine Entscheidung falsch ist. Es besteht wohl ein Unterschied, ob dem Betroffenen etwa überhaupt die Chance geboten wurde, sich zur Sache zu äußern, die Entscheidung aber gleich-

1) So auch RG JW 1936, 876 f und Jonas ebenda in seiner Entscheidungsanmerkung

2) auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird ja - soweit kein kodifiziertes Recht vorhanden - nicht nach richterlichem Gutdünken entschieden, sondern unter sehr sorgfältiger Prüfung der anerkannten Rechtsquellen, vgl. dazu Blumenwitz, a.a.O., S. 7 ff

wohl objektiv falsch ist , oder ob er erst gar nicht gehört worden ist.

Gleichwohl wird man der Meinung, hier sei ein Beschwerderecht nicht gegeben, für die untersuchten Fälle zustimmen können. Soweit es hierbei um die Verletzung des rechtlichen Gehörs, oder willkürlich um Zuständigkeitsverschiebung geht, steht den Betroffenen die Verfassungsbeschwerde zu, wie sich aus Art. 93, Abs. 1, Nr. 4 a GG in Verbindung mit § 90 BVerfGG ergibt. Damit ist eine Möglichkeit vorhanden, sich gegen diese fehlerhaften Beschlüsse zu wehren. Das Bundesverfassungsgericht hat bisher jedenfalls keine Bedenken gehabt, den Rechtsweg in solchen Fällen als erschöpft anzusehen und Verfassungsbeschwerde zuzulassen 1).

Geht man von der vertretenen Auffassung aus, daß eine Rechtsfortbildung nur dort zu rechtfertigen ist, wo ein anderweitig durchgreifender Rechtsschutz nicht gegeben ist, dann muß hier ein unabwendbares Bedürfnis nach einer Beschwerdeerweiterung verneint werden. Zumal die unterschiedliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte für den Betroffenen nur Verwirrung stiftet: er weiß nicht, an welches Gericht er sich wenden soll.

Aus Art. 101 GG und aus Art. 103 GG läßt sich etwas anderes nicht herleiten: beide Verfassungsgebote sprechen keine Sanktion für eine Verletzung aus. Die in § 90 BVerfGG vorgesehene Ver-

- 1) Und zwar bei sonst unanfechtbaren Zwischenentscheidungen, vgl. BVerG E 8, 153 ff. Voraussetzung ist wie üblich, daß der Beschwerdeführer auch tatsächlich durch eine Entscheidung beschwert ist, vgl. dazu insges. Henckel, ZZP 77, 324

fassungsbeschwerde hat zur Voraussetzung, daß die sonst gegebenen Rechtsmittel erschöpft sind. Darin kommt zum Ausdruck, daß eine Grundrechtsverletzung für sich allein noch kein Rechtsmittel schafft, das nach der Verfahrensordnung nicht gegeben oder ausgeschlossen ist 1). Die Rechtsmittelerweiterung mußte sich also aus anderen Gesichtspunkten ergeben, die über die Verfassungsbeschwerde hinaus ein weiteres Rechtsmittel rechtfertigen würden.

Hier kommen nur die Prozeßökonomie und die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts in Betracht. Beide sind aber gegenüber den Erfordernissen der Rechtssicherheit nicht durchgreifend. Es ist nicht Sache der Zivilgerichtsbarkeit, die Aufgaben des Verfassungsgerichtes wahrzunehmen. Das heißt nicht, daß die ordentlichen Gerichte die Grundrechte nicht zu beachten brauchten. Sie sind vielmehr an sie schon nach dem Grundgesetz (vgl. Art. 1, Abs. 3 GG) gebunden. Zudem ist sowohl das rechtliche Gehör, als auch der gesetzliche Richter durch mannigfache Vorschriften in der ZPO und dem GVG gewährleistet.

Es ist aber gerade und vornehmlich Aufgabe des Bundesverfassungsgerichtes, bei Grundrechtsverletzung dort zu helfen, wo anderweitiger Rechtsschutz nicht, oder nicht mehr zu erlangen ist.

Hier auch Beschwerde gemäß § 567 ZPO zuzulassen, hieße sie außerhalb ihrer gesetzlichen Bestimmung zu einer Art " kleiner Verfassungsbeschwerde "

1) ebenso, OLG Düsseldorf MDR 1970, 934. Deshalb erscheint mir auch die Rspr. zu § 548 ZPO bedenklich

auszuweiten 1)). Damit würde die Aufgabe jedes zivilprozessualen Rechtsmittels erweitert und verfassungsmäßige Rechtskompetenzen verschoben. Hier scheint der Rahmen möglicher Rechtsfortbildung gesprengt.

Daran vermag auch der Einwand der Prozeßökonomie nichts mehr zu ändern: diese allein vermag die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung nicht zu begründen, da sie keinen Wert an sich darstellt 2)).

Solange dem Betroffenen überhaupt die Möglichkeit zu einer effizienten Überprüfung offensteht, muß er die damit verbundenen Schwierigkeiten in Kauf nehmen. Nur weil eine andere denkbare Möglichkeit schneller zum Ziel führt, können die gesetzlichen Wertungen nicht hintangestellt werden.

Ein Beschwerderecht im Rahmen des § 567 ZPO wegen einer Grundrechtsverletzung ist deshalb nicht zuzulassen. Ein Bedürfnis für eine entsprechende Rechtsfortbildung ist nicht anzuerkennen 3)).

Schwieriger wird die Frage zu beantworten sein, was bei solchen verfahrensfehlerhaften Nebenentscheidungen gilt, bei denen der Weg zum Verfassungsgericht verschlossen ist. Als Beispiel seien Beschlüsse genannt, die ohne Antrag ergangen sind. Hier könnte man an eine gewisse

1) Ähnlich Brüggenmann, JR 69, 368/369; Henckel, ZZP 77, 328 ff

2) Vgl. dazu oben S. 61

3) Für einen begrenzten Bereich hat der Gesetzgeber in der StPO (vgl. §§ 33 a und 311 a StPO) einen besonderen Rechtsbehelf bei Verletzung des rechtlichen Gehörs eingefügt, der allerdings nur für begrenzte Fälle zulässig ist (vgl. Kleinknecht, a.a.O. § 33 a, Anm. 3). Aus diesen Vorschriften läßt sich zumindest die Wertung entnehmen, daß es eine regelmäßige Beschwerde bei Grundrechtsverstößen nicht gibt.

Parallele zur Lehre von den wirkungslosen Entscheidungen sehen.

Nach geltendem Recht nimmt das Gericht im Prozeß insoweit eine passive Stellung ein, als sowohl Gang als auch Inhalt des Verfahrens von den Parteien bestimmt wird 1).

Daraus zieht die neuere Lehre den Schluß, daß ein Urteil dann wirkungslos ist, " wenn es ohne Vorliegen eines Begehrens vom Gericht aus eigener Machtvollkommenheit gefällt wird " 2). Es ist nicht ganz klar, inwieweit solche Überlegungen zur Befürwortung eines Beschwerderechtes geführt haben.

Würde man sie allerdings unbesehen, etwa auf ohne Antrag ergangene Verweisungsbeschlüsse anwenden, so wären diese gemäß dem zu wirkungslosen Entscheidungen Gesagten 3), mit der Beschwerde anfechtbar.

Eine solche Gleichsetzung ist aber problematisch, da die Verweisungsbeschlüsse innerhalb eines schon anhängigen Verfahrens ergehen 4). Das Gericht setzt also nicht aus eigener Macht ein Verfahren in Gang, sondern wird innerhalb eines schon eingeleiteten Verfahrens tätig. Stellt es seine Unzu-

1) Vgl. Thomas-Putzo, Einl. I, 1

2) So Jauernig, a.a.O., S. 152; vgl. auch Arens, a.a.O., S. 24, der erwägt, ob ein Urteil nicht schon dann nichtig ist, wenn der Klagantrag nicht mündlich gestellt wurde.

3) Vgl. oben S. 75 ff

4) etwas anderes mag bei Einstellungsbeschlüssen zu § 707 ZPO gelten; sie ergehen zwar auch innerhalb eines schon anhängigen Verfahrens, stehen mit diesem aber nur in mittelbarer Beziehung. Soweit hier ein Antrag fehlt, hat das Gericht in der Tat keine Grundlage, überhaupt zu entscheiden. Sofortige Beschwerde wird also gem. § 793 gegen einen ohne Antrag ergangenen Einstellungsbeschluß zuzulassen sein.

ständigkeit fest, muß es in jedem Falle eine Entscheidung erlassen. Bei fehlendem Antrag muß ein klagabweisendes - allerdings anfechtbares - Prozeßurteil ergehen.

Geht man aber vom Fall nicht willkürlicher und damit verfassungswidriger Verweisung aus, ist nach den Nachteilen für die Parteien zu fragen.

Durch die dem Verweisungsbeschluß in diesem Fall innewohnende Bindungswirkung ist für beide Parteien ein fruchtloser Zuständigkeitsstreit ausgeschlossen. Der Verlust des Rechtsmittels für den Kläger wird durch die für ihn bestehenden Vorteile der Verweisung - zügiger Prozeßablauf - aufgewogen. Daß er dabei möglicherweise ein entfernteres Gericht in Kauf nehmen muß, ist auch vom Zweck der Unanfechtbarkeitsklausel mitumfaßt. Entscheidend ist, daß nach der Wertung des Gesetzes jedes ordentliche Gericht für die Falllösung gleich geeignet ist. Hinzu kommt, daß wenigstens seit neuem 1) eine Verweisung von Amts wegen durchaus nicht gesetzesfremd ist (vgl. § 6 b, Abs. 3 AbzG, §§ 696a, 700 a ZPO). Damit ist der Richter in einer Großzahl von Fällen gerade verpflichtet, ohne sachliche Prüfung zu verweisen.

Eine Anfechtung ist dabei ebenfalls ausgeschlossen (vgl. § 696 a, S. 3)

Vergleicht man bei dieser Sachlage die Einbuße an Rechtssicherheit, die eine weitere Ausdehnung der Statthaftigkeit mit sich bringt, mit den Nachteilen, die ihre Nichtgewährung bedeuten kann, so wird man hier die Notwendigkeit entsprechender Rechtsfortbildung verneinen müssen. Dabei darf sicher auch nicht ganz unberücksichtigt bleiben,

1) durch Gesetz vom 1.9.1969 (BGBl, I, S. 1541) bzw. 21.3.1974 (BGBl, I, S. 703)

daß gerade hier ihre Zulassung eine Vermehrung und damit Verschleppung von Prozesse befürchten ließe 1). Es bestünde die Gefahr, daß die Beschwerde immer mehr auch bei anderweitigen Verfahrensfehlern zugelassen würde. Das aber wäre mit den Aufgaben der Rechtsfortbildung im Sinne einer Erweiterung der Rechtsmittelstatthaftigkeit nicht mehr vereinbar. Demnach kann man als Grundsatz festhalten, daß eine Beschwerde, die sich auf Verfahrensfehler stützt, unstatthaft ist. Soweit die Verfahrensfehler gleichzeitig eine Grundrechtsverletzung beinhalten, bleibt dem Betroffenen immer der Weg zum Bundesverfassungsgericht. Die dabei auftretenden Verzögerungen hat er wie jeder andere in Kauf zu nehmen.

Zur Beschwerde gegen greifbar gesetz-

widrige Beschlüsse im Bereich der frei-

willigen Gerichtsbarkeit

Die Übertragung der zu § 567 ZPO gewonnenen Grundsätze auf die freiwillige Gerichtsbarkeit in der Rechtsprechung.

Es ist eingangs schon erwähnt worden, daß die zur zivilprozessualen Beschwerde gewonnenen Ergebnisse auch in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Eingang fanden, trotz der anderen Aufgabe, die das Rechtsmittel dort hat 2).

Diese Entwicklung wurde insbesondere von der Rechtsprechung als geradezu zwangsläufig und selbstverständlich betrachtet, wie nachstehende Beispiele

1) ebenso Mührer, SchHA 1958, 75

2) Die Beschwerde ist das einzige Rechtsmittel für den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sie hat gleichzeitig die Funktion der zivilprozessualen Berufung. Vgl. Habscheidt, a.a.O. S. 179 ff

zeigen werden. Sie verdeutlichen zugleich, daß mit der Übernahme der Rechtsprechung zu § 567 ZPO auch die damit verbundenen Streitpunkte übernommen worden sind.

Maßgebenden Einfluß auf die Entwicklung der Rechtsprechung zur Beschwerde hat das Bayrische Oberste Landesgericht genommen. Ausgangspunkt bei seinen Entscheidungen war - zutreffenderweise - zunächst immer der Zweck gesetzlich vorgesehener Unanfechtbarkeit. Nach § 19 FGG ist ja die Beschwerde gegen Verfügungen des Gerichtes grundsätzlich statthaft. Insoweit unterscheidet sich diese Vorschrift schon in ihrer Struktur vom § 567 ZPO.

Die Rechtsprechung im Einzelnen

Demgemäß setzt das Bayrische Oberste Landesgericht in einer Entscheidung zu § 20 a FGG richtigerweise beim Zweck dieser Vorschrift an 1). Es führt aus, die dort angeordnete Unanfechtbarkeit solle nur die inhaltliche Nachprüfung der Kostenentscheidung durch die übergeordnete Instanz verhindern, wenn nicht mit dem Rechtsmittel gleichzeitig die Überprüfung der Hauptsache begehrt werde. Daraus zieht es den Schluß, Beschwerde sei dann nicht ausgeschlossen, wenn eine in Widerspruch zu § 20 a FGG stehende Kostenentscheidung ergangen sei. Es sei nicht Zweck des Gesetzes einem solchen Beschluß Bestand zu verleihen, insoweit müsse dasselbe gelten, wie bei der Auslegung zu § 707 ZPO.

Ähnlich argumentiert dasselbe Gericht in einem Beschluß zu § 13 VHG 2). Hier ging es um die vor-

1) BayObLG 1952, 81, ebenso BayObLG 1962, 378

2) Bay ObLGZ 1952, 81; Bay ObLGZ 1962, 378; Bay ObLGZ 1953, 36 (38); ebenso schon OLG Hamburg, MDR 1949, 23; OLG Hamm, MDR 1949, 562

läufige Einstellung der Zwangsvollstreckung im Wege der Vertragshilfe für die Dauer dieses Verfahrens. Ein Rückgriff auf die zu § 707 ZPO entwickelten Grundsätze lag deshalb in der Tat besonders nahe 1).

In der Folgezeit wurde diese Rechtsprechung dann mehrfach ergänzt, zunächst dahin, daß die Beschwerde immer dann zulässig sei, wenn das Untergericht die Voraussetzungen für die Entscheidungsbefugnis verkannt habe, dann auch für den Fall, daß Zweifel an der Anwendbarkeit der die Entscheidung tragenden Vorschrift bestanden 2).

In jedem Fall hoben die Gerichte die Parallele zu den entsprechenden zivilprozessualen Entscheidungen hervor.

Am Ende der Entwicklung wird nur auf die herrschende Meinung verwiesen, wonach Beschwerde - trotz gesetzlichen Ausschlusses - immer dann zuzulassen sei, wenn die zugrundeliegende Entscheidung " greifbar gesetzwidrig " sei, wenn ihr also " jede gesetzliche Grundlage fehle " 3). Diese Zusammenfassung hatte zur Folge, daß nicht mehr so sorgfältig am einzelnen Fall argumentiert wurde und - wohl damit zusammenhängend - auch wieder Beschwerde wegen Verfahrenverstößen zugelassen wurde. Die Rechtsprechung ist insoweit der naheliegenden Versuchung erlegen, eine einmal in der Entscheidung erkannte Wertung zum Prinzip zu erheben und immer weiter auszudehnen. Dabei wird der Ausnahmeharakter derartiger Rechtsfortbildung außer Acht gelassen, wobei hier allerdings

- 1) In dem vom OLG Hamm, a.a.O. entschiedenen Fall, hatte das Untergericht entgegen ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung Vertragshilfe bei einer Lohnforderung gewährt und die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt.
- 2) Solche Tatbestände lagen den Entscheidungen des BayOLG in ObLGZ 1961, 166, 1962, 378, 1963, 111 zugrunde.
- 3) So Bay OLG in ObLGZ 1961, 59 (62)

§ 19 FGG nicht ohne weiteres mit § 567 ZPO verglichen werden kann.

Im einzelnen ist zur Rechtsprechung bei Verfahrensmängeln folgendes festzustellen:

Der Bundesgerichtshof hat mehrfach auch für den Bereich der freiwilligen Gerichtbarkeit betont, eine Beschwerde gegen an sich unanfechtbare Beschlüsse, die sich auf Verfahrensfehler stütze, sei unzulässig. Dies ergebe sich aus dem Grundsatz, daß die Nichtbeachtung noch so wesentlicher Verfahrensvorschriften, keine sonst verschlossene Instanz eröffne 1).

Die Oberlandesgerichte haben sich an diesen Leitsatz nicht immer gehalten, ihre Rechtsprechung ist uneinheitlich, teilweise war sie sogar von Senat zu Senat eines Gerichtes verschieden 2). So hat das Oberlandesgericht Düsseldorf 3) unter Berufung auf Entscheidungen der Oberlandesgerichte Neustadt 4) und Nürnberg 5) bei Verstoß gegen Art. 103 GG Beschwerde zugelassen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hebt darauf ab, daß die rechtliche Grundlage eines Beschlusses auch dann fehle, wenn sich der Vorderrichter über wesentliche Verfahrensvorschriften hinwegsetze. Eines der Fundamente jeden Verfahrens sei aber Art. 103 GG. Besonders aufschlußreich ist dabei der Hinweis des Oberlandesgerichtes Düsseldorf auf die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Nürnberg. Dessen Beschluß hatte nämlich ein unzulässiges - weil nirgends vorgesehenes - Verfahren zum

- 1) Vgl. BGH RdL 1958, 20 = BGD JZ 1958, 482 = BGH LM Nr. 2 zu § 13; BGH RdL 1961, 36 = BGH LM, Nr. 25 zu § 24 LwVG
- 2) Vgl. dazu Henckel ZJP 77, 324 f
- 3) OLG Düsseldorf, RpfL 1964, 277
- 4) OLG Neustadt, MDR 1958, 702
- 5) OLG Nürnberg, Bay JMBL 1955, 204

Gegenstand. Damit lag dieser Entscheidung aber ein dem Beschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Die Entscheidung zeigt noch einmal die grundsätzliche Schwierigkeit, in der sich auch die Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Verfahrensmängeln befindet. Sie ist auf die unscharfe Begriffsbestimmung, die von der zivilprozessualen Praxis übernommen wurde, zurückzuführen 1). Inwieweit eine solche Übertragung überhaupt möglich ist, ist allerdings nie näher begründet worden.

Zur Übertragbarkeit zivilprozessualer

Grundsätze auf den Bereich der frei -

willigen Gerichtsbarkeit

Die angeschnittene Frage hat zwei Aspekte. Zunächst ist grundsätzlich zu klären, ob Vorschriften und Maximen des Zivilprozesses auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragbar sind. Bejahendenfalls ist zu fragen, ob sich für das Beschwerderecht aus der verschiedenartigen Struktur der zu untersuchenden Vorschriften etwas anderes ergibt. Die höchstrichterliche

- 1) Auch in anderen Verfahrensarten ist immer wieder versucht worden, ein Beschwerderecht bei groben Verfahrensverstößen einzuführen, obwohl die Beschwerde Voraussetzungen dort jeweils anders sind. Für den Bereich der VWGO hat das BVerG (DVBl 1966, 607) klargestellt, daß eine derartige Statthaftigkeitserweiterung nicht in Betracht komme. Daran haben sich die Verwaltungsgerichte bisher gehalten, vgl. etwa VGH Kassel, DVBl 1966, 607. Für den Bereich der StPO ist durch §§ 33 a und 311 a bei Verletzung des rechtlichen Gehörs Abhilfe geschaffen. Vor Einführung dieser Vorschriften war die Frage äußerst streitig, vgl. OLG Stuttgart, NJW 59, 2080 einerseits und OLG Neustadt, NJW 1960, 257 andererseits, jeweils m.w.N.

Rechtsprechung ging lange Zeit dahin, daß die Vorschriften und Grundsätze der ZPO im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur dann Anwendung finden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt sei. Ihre Anwendung ohne ausdrückliche Ermächtigung sei dagegen ausgeschlossen 1).

Diese Auffassung hat sich als unhaltbar erwiesen. Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist so lückenhaft geregelt, daß es laufend der Ergänzung durch die Rechtsprechung und Lehre bedarf. Hier kann ein Rückgriff auf bewährte Verfahrensordnungen nur der Rechtssicherheit dienen 2). Es ist schon aus praktischen Überlegungen heraus kaum vorstellbar, daß die Gerichte ohne eine solche Anlehnung an andere Gesetze ein ordnungsgemäßes Verfahren durchführen können. Woran sonst sollten sie sich etwa in der Frage eines Ausschlußrechtsmittels halten 3)? Hier muß eine entsprechende Anwendung der im Zivilprozeß entwickelten Grundsätze und Institute möglich und zulässig sein.

Keine Anwendung können lediglich solche Vorschriften der ZPO finden, die auf dem Parteibetrieb beruhen und daher im Widerspruch zum Offizialbetrieb des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit stehen 4).

Derartige Bedenken bestehen indessen bei der Beschwerde nicht. Vielmehr sind gerade bei ihr die Grundsätze des zivilprozessualen Verfahrens vom FGG besonders berücksichtigt 5).

1) So unter anderem RGZ 145, 284 und BGH NJW 1952, 1055

2) Vgl. Fenn, a.a.O., S. 148 ff

3) Vgl. dazu die Untersuchung von Fenn, a.a.O.

4) Vgl. im einzelnen Keidel-Winkler, § 12 Rz 111

5) So zutreffend Fenn, a.a.O., S. 148 ff

Allerdings und damit ist der zweite Aspekt der Fragestellung angesprochen, ist die Statthaftigkeit des Rechtsmittels in § 19 FGG anders geregelt. Diese Vorschrift geht im Gegensatz zu § 567 ZPO von der grundsätzlichen Anfechtbarkeit richterlicher Verfügungen aus. Danach können sowohl vorbereitende Anordnungen, als auch Zwischen- und Endentscheidungen angefochten werden 1): Um zu einer Beschwerde wegen Fehlens jeder gesetzlichen Grundlage zu kommen, bedarf es also keiner rechtsfortbildenden Erweiterung der Statthaftigkeit. Insoweit besteht also eher eine Parallele zum Vollstreckungsverfahren, wo ja § 793 ZPO auch im Grundsatz sofortige Beschwerde gegen alle richterlichen Entscheidungen gibt. Hier wie dort handelt es sich also in erster Linie um die Frage der Rechtsmittelzulässigkeit im engeren Sinne.

Gleichwohl ist das für den Zivilprozeß gefundene Ergebnis wenigstens bei wirkungslosen Entscheidungen ohne weiteres auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden 2), da die entscheidenden Wertmaßstäbe dieselben sind. Es macht insoweit keinen Unterschied, ob eine sonst unanfechtbare Entscheidung gegen einen Exterritorialen von einem Gericht der freiwilligen oder der streitigen Gerichtsbarkeit gefällt wurde. In beiden Fällen fordert die Rechtssicherheit, daß der Beschluß aufgehoben wird, um auch nur den Schein seines Bestandes zu vernichten 3).

1) Vgl. Habscheid, a.a.O., S. 177

2) Dagegen ist die Möglichkeit des Rechtsmittelverlustes durch eine inkorrekte Entscheidung im FGG-Verfahren nicht gegeben, da dieses Verfahren die Trennung Urteil/Beschluß oder Berufung/Beschwerde nicht kennt.

3) Siehe oben S. 76

Regelmäßig wird der Ansatzpunkt der Beschwerdezulassung allerdings die teleologische Reduktion einer Unanfechtbarkeitsklausel sein. Als Beispiel soll die Rechtsprechung zum VHG dienen. § 13 VHG gewährte eine Art Vollstreckungsschutz im Wege der Vertragshilfe. Der Zweck des Gesetzes war, vor der Währungsreform abgeschlossene Verträge der neuen Situation durch richterliche Hilfe anzupassen. Dabei sollte für die Verfahrensdauer - ähnlich wie bei § 707 ZPO - eine vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung dem Schuldner Schutz gewähren. Die dabei der Unanfechtbarkeitsklausel zugrundeliegende Wertung entsprach der bei § 707 Abs. 2 ZPO 1).

Nicht berücksichtigt waren Fälle, in denen ein Richter die Vorschrift anwandte, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorlagen, oder ihre Anwendung ausdrücklich durch andere Bestimmungen ausgeschlossen war 2). Bei ihnen ist nach Abwägung aller Gesichtspunkte das Interesse an Aufhebung größer, als ein Festhalten an Falschem aus vermeintlichen Gründen der Rechtssicherheit 3). Hierbei vermag den Rechtssuchenden der Hinweis auf die freie Abänderbarkeit einer Entscheidung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. § 18 FGG) wohl wenig zu befriedigen. Zum einen war diese gerade im Vertragshilfeverfahren (vgl. § 17 VHG) eingeschränkt 4), wobei aus den angeführten Entscheidungen nicht erkennbar ist, ob letztlich hieran eine Abän-

- 1) Die Vorschriften stimmen beinahe wörtlich überein, vgl. BGBI, I 1952, 198
- 2) So im Fall OLG Hamm 1949, 562
- 3) Vgl. dazu oben S.46 und 61 f
- 4) Das gleiche gilt für das Hausratsverteilungsverfahren (vgl. § 17, Abs. 1 HausratsVO), das Verfahren nach dem LwVG (vgl. dort § 37, Abs.4 LwVG) und schließlich für das Verfahren nach dem WEG (vgl. § 45, Abs.4 WEG) also gerade solche Verfahrensarten, zu denen die untersuchte Rechtsprechung erging.

derung durch das Erstgericht gescheitert ist. Jedenfalls scheint schon allein die Tatsache, daß das Verfahren in die nächst höhere Instanz gehen mußte, für die Notwendigkeit des Rechtsmittels selbst zu sprechen 1). Zudem fällt bei den zum VHG gefällten Entscheidungen noch der Gedanke der Rechtsvereitelung ins Gewicht. Es ist ein kaum haltbarer Zustand, wenn mit Hilfe der Unanfechtbarkeitsklausel ein Ergebnis aufrechterhalten wird, das dem Gesetz nicht nur widerspricht, sondern durch dieses gerade ausgeschlossen werden sollte. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es zwar denkbar, aufgrund rechtsfortbildender Praxis zu einem vom Gesetz abweichenden Ergebnis zu kommen. Das ist aber immer nur unter den dargelegten engen Voraussetzungen möglich. Unter diesen Umständen ist es immer besser, wenn die Möglichkeit besteht, mit dem Gesetz entscheidend in Widerspruch stehende Beschlüsse durch eine höhere Instanz überprüfen zu lassen. Steht also eine Entscheidung mit dem Zweck und den Wertungen des Gesetzes in offenbarem Widerspruch, so ist die Beschwerde auch dann gegeben, wenn sie sonst durch die Unanfechtbarkeitsklausel ausgeschlossen ist. Im Geltungsbereich des FGG muß dabei nach wie vor der Schwerpunkt der Prüfung in einer Auseinandersetzung mit Zweck und Bedeutung der einzelnen Unanfechtbarkeitsklauseln liegen. Die Zusammenfassung der dabei gefundenen Ergebnisse bei der Beschwerde Zulässigkeit ist nicht allzu aussagekräftig. Man kann zwar auch

1) Den zitierten Entscheidungen ist jedenfalls zu entnehmen, daß sich das Untergericht zu einer Abänderung - auf Antrag - außer Stande sah.

für den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus der Rechtsprechung bestimmte Leitlinien herauslesen und sie in gleichgelagerten Fällen entsprechend anwenden. Dies dient gewiß der Rechtssicherheit. Damit ist aber - anders als bei § 567 ZPO - nicht etwa eine zusätzliche Rechtsmittelmöglichkeit gegeben.

Vielmehr wird für die so umrissenen Fälle nur auf ein grundsätzlich gegebenes, nur im konkreten Fall durch Gesetz ausgeschlossenes Rechtsmittel nach teleologischer Reduktion wieder zurückgegriffen.

Diese teleologische Reduktion ist für den Bereich des FGG - ebenso, wie bei § 707 ZPO - der Hauptansatzpunkt der Zulässigkeitsprüfung.

Ergebnis der Untersuchung

Damit lassen sich als Ergebnis dieser Untersuchung folgende Grundzüge festhalten:

Für den Bereich der ZPO ist eine Statthaftigkeitserweiterung der Beschwerde nur in einem engen Rahmen zulässig. Sie ist beschränkt auf Fälle wirkungsloser, inkorrektur und evident unrichtiger, aus dem Rahmen fallender Beschlüsse, wobei bei den letzten Fallgruppen vorausgesetzt wird, daß eine anderweitige befriedigende Abhilfemöglichkeit nicht besteht.

Jeder weiteren Ausdehnung in Richtung einer Anfechtbarkeit verfahrensmangelhafter Beschlüsse steht letztlich die Rechtssicherheit entgegen. Sie schließt eine unbegrenzte Erweiterung der Beschwerdemöglichkeiten gegen den gesetzlichen Wortlaut aus. Ein unabwendbares Bedürfnis nach

einem Beschwerderecht bei und gegen wirkungslose Entscheidungen ergab sich aus der Notwendigkeit autoritativer gerichtlicher Klärung: Jeder Richterspruch hat den Schein der Gültigkeit für sich, auch der wirkungslose Spruch. Hier kann es nicht den Parteien überlassen bleiben, über die Gültigkeit zu entscheiden (und zu streiten). In diesem Rahmen erschien die Rechtssicherheit durch die Ausdehnung der Beschwerdestatthaftigkeit noch nicht entscheidend beeinträchtigt. Letzteres wurde auch für die Fälle inkorrektur Entscheidungen nachzuweisen versucht. Wesentlich für ihre Anfechtbarkeit sprach der Grundsatz der Meistbegünstigung und damit letztlich die Gerechtigkeit.

Schwieriger war die Beantwortung der Frage nach der Anfechtbarkeit offensichtlich unrichtiger und erheblich belastender Beschlüsse.

Hier spielen Wertungen eine erhebliche Rolle, wobei eine sorgfältige Abwägung des Für und Wider für jeden Fall erforderlich ist. Ergibt sich aus dieser Abwägung ein wesentliches Bedürfnis nach obergerichtlicher Überprüfung, so ist allerdings insoweit die Beschwerde zuzulassen. Danach hängt zwar die Statthaftigkeit der Beschwerde unmittelbar von ihrer Begründetheit ab. Erhebliche Nachteile sind damit jedoch nicht verbunden 1). Eine derartige Verbindung ist im übrigen auch nichts Außergewöhnliches. Sie findet vielmehr im Zivilprozessualen Verfahren eine Parallele bei der Vollstreckungsabwehrklage (vgl. § 767, Abs. 2 ZPO). Für die Anfechtungsklage im Verwaltungsprozeß schreibt § 42 VwGO eine summarische Begründetheits-

1) Vgl. oben S. 82

prüfung sogar vor 1),

Eine Erweiterung der Beschwerdestatthaftigkeit ist im Vollstreckungsverfahren, insbesondere bei Beschlüssen zu § 707 ZPO, ebensowenig erforderlich, wie im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Statthaftigkeit der Beschwerde bei § 707 ZPO ergibt sich - nach zweckentsprechender Einschränkung des § 707 Abs. 2 ZPO - aus § 793 ZPO. Danach ist sofortige Beschwerde dann gegeben, wenn das Vordergericht die Anwendbarkeit des § 707, Abs. 1 ZPO nicht erkannt, im Vorfeld seiner Prüfung zuunrecht abgelehnt, oder umgekehrt die Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise ohne gesetzliche Grundlage einstweilen eingestellt hat.

Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist von der grundsätzlichen Statthaftigkeit der Beschwerde gemäß § 19 FGG auszugehen. Ihre Zulässigkeit kann im Einzelfall durch eine Unanfechtbarkeitsklausel ausgeschlossen sein. Damit ist es in erster Linie eine Frage teleologischer Reduktion, ob entgegen einer derartigen Klausel Beschwerde ausnahmsweise zulässig ist. Bei der erforderlichen Interessenabwägung können die für das streitige Verfahren entwickelten Grundsätze herangezogen werden.

Mit diesem Ergebnis werden wesentliche Züge der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre bestätigt. Es wäre allerdings wünschenswert, wenn bei zukünftigen Entscheidungen die zugrundegelegten Wertmaßstäbe offengelegt würden. Die wesentliche Voraussetzung jeder Rechtsfortbildung ist eine nachvollziehbare und einsichtige Begründung.

1) Vgl. dazu Eyermann-Fröhler, § 42, Rdn. 84 ff

LEBENS LAUF

Am 3.8.1946 wurde ich in Schwenningen a. Neckar als Sohn des Diplom-Kaufmanns Hans Kauffmann und seiner Ehefrau Else geb. Schneider geboren.

In den Jahren 1953 und 1957 besuchte ich die Grundschule, anschließend das mathematisch-naturwissenschaftliche Gymnasium in Schwenningen.

Nach bestandener Reifeprüfung im Jahre 1966 studierte ich an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i. Breisgau Jura und Volkswirtschaft.

Im Frühjahr 1971 legte ich die erste juristische Staatsprüfung an der Universität Freiburg ab. Ich war dann bis Frühjahr 1973 Förderungsassistent an der Universität und trat anschließend in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg ein.

Im Dezember 1975 legte ich die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seit Januar 1976 bin ich als Rechtsanwalt beim Landgericht Konstanz zugelassen. Ich bin mit Ursula geb. Mehne aus Schwenningen verheiratet und habe eine Tochter.

